Medienrecht & Medientheorie
Band 1

Marc Liesching

Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Auswirkung auf die aktuelle Mediengesetzgebung in Deutschland



Marc Liesching

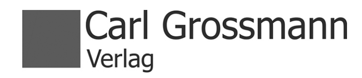
Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Auswirkung auf die aktuelle Mediengesetzgebung in Deutschland

Schriftenreihe Medienrecht & Medientheorie

Band 1

Marc Liesching

Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie und seine Auswirkung auf die aktuelle Mediengesetzgebung in Deutschland



Autor:
Prof. Dr. iur. Marc Liesching, München

Band 1 der Schriftenreihe Medienrecht & Medientheorie, herausgegeben von Prof. Dr. Gabriele Hooffacker und Prof. Dr. Marc Liesching.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek: Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© 2020 Prof. Dr. iur. Marc Liesching, München



Diese Arbeit wurde unter einer Creative Commons Lizenz als Open Access veröffentlicht, die bei Weitergabe, Zitierung oder Weiterverwendung nur die Nennung des Urhebers erfordert.

Lizenz: **CC BY 4.0** – Weitere detaillierte Informationen finden Sie unter: https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de



DOI:10.24921/2020.94115947

Das vorliegende Werk wurde sorgfältig erarbeitet. Dennoch übernehmen Herausgeber, Autoren und Verlag für die Richtigkeit von Angaben, Hinweisen oder Dosierungen sowie für etwaige Druckfehler keine Haftung.

Die verwendete Schrift ist lizensiert unter der SIL Open Font License, Version 1.1.
Gedruckt in Deutschland auf säurefreiem Papier mit FSC-Zertifizierung.

Herstellung der Verlagsausgabe (Druck- und digitale Fassung):
Carl Grossmann Verlag, Berlin
www.carlgrossmann.com

ISBN: 978-3-941159-46-4 (gedruckte Ausgabe, Hardcover mit Schutzumschlag)
ISBN: 978-3-941159-47-1 (e-Book, Open Access)

Vorwort zur Schriftenreihe

Die neue Schriftenreihe Medienrecht & Medientheorie soll eine Brücke bauen zwischen zwei ohnehin bereits eng miteinander korrespondierenden Wissenschaftsdisziplinen. Denn rechtspolitische Forderungen nach neuen Mediengesetzen oder auch Gesetzesnovellierungen sind auf breite und fundierte medienwissenschaftliche Erkenntnisse – etwa in den Bereichen der Medienwirkungs- und Mediennutzungsforschung – angewiesen. Umgekehrt kann aktuelle Medienforschung bereits umgesetzte Regelungen im Medienbereich im Hinblick auf ihre Wirksamkeit und/oder (auch ungewollten) Auswirkungen hin evaluieren und konstruktive Beiträge für künftige Anpassungen leisten.

Hierfür soll eine Plattform geschaffen werden, die avancierten wissenschaftlichen Beiträgen zu aktuellen Themen aus dem gesamten Medienrecht (IT- und Informationsrecht, Medienordnungsrecht, Medienstraf- und Medienzivilrecht einschließlich Urheber- und Persönlichkeitsrecht) einerseits und der Medientheorie (Wirkungs- und Nutzungs- sowie Kommunikatorforschung, Journalismusforschung und -lehre, Medien(inhalts)analyse und Mediensoziologie) anderseits offen steht. Insoweit kommt sowohl die Publikation von einschlägigen Beiträgen in klassischem Monographie-Umfang als auch von Dokumentationen zu Tagungen oder von sonstigen thematisch geklammerten Sammlungen mehrerer Teilbeiträge in Betracht.

Leipzig, im Juni 2020

Prof. Dr. Gabriele Hooffacker Prof. Dr. Marc Liesching

Vorwort zum 1. Band

Soziale Netzwerke stellen heute einen bedeutenden Teil der Informations- und Kommunikationsdienste im Internet dar. Der Markt wird dabei von wenigen Plattformen wie Facebook, Youtube, Twitter oder Instagram dominiert. Proportional zu Marktrelevanz und Reichweite finden sich auch vermehrt problematische Inhalte auf großen Sozialen Netzwerken, welche im Extremfall auch gegen das Strafrecht verstoßen können. Hierzu zählen zum Beispiel die gemeinhin unscharf und verallgemeinernd als „Hassrede" bezeichneten Inhalte, die volksverhetzend sind (§ 130 StGB) oder einen beleidigenden Charakter haben (§ 185 StGB) oder eine Bedrohung gegenüber einer anderen Person darstellen (§ 241 StGB). Uploads und Posts in Sozialen Netzwerken können aber auch schlicht jugendgefährdend sein oder verstoßen in sonstiger Weise gegen das nationale (deutsche) Recht.

Vor diesem Hintergrund ist auf den ersten Blick gesellschafts- und rechtspolitisch nachvollziehbar, dass nationale Empfangsstaaten wie die Bundesrepublik Deutschland die Sozialen Netzwerke in die Pflicht nehmen wollen, entsprechende nutzergenerierte Inhalte schnell zu löschen oder durch Melde- und Compliance-Verfahren sicherzustellen, dass rechtswidrige oder jugendgefährdende Inhalte möglichst zeitnah nach ihrem Bekanntwerden unzugänglich werden.

Aus dieser Intention heraus sind in den letzten Jahren rechtspolitische Ansätze zu verstärkten nationalgesetzlichen Restriktionen entwickelt worden, die teilweise – insbesondere in Gestalt des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – bereits umgesetzt und in Kraft getreten sind, teilweise aber auch noch aktuell im rechtspolitischen Beratungsprozess oder im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren sind. Letzteres betrifft insbesondere auf Landesebene den Medienstaatsvertrag (MStV) und Novellierungen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages (JMStV), auf Bundesebene eine Reform des Jugendschutzgesetzes (JuSchG) sowie gleich zwei Erweiterungs- und Ergänzungsvorhaben der Bundesregierung betreffend das NetzDG.

Die Bestrebungen nationaler Regulierung von international agierenden Sozialen Netzwerken durch deutsche Gesetze treffen dabei auf einen europarechtlichen Grundsatz, der nahezu so alt ist wie das Internet selbst: Das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie (ECRL). Um den Wirtschaftsstandort der EU für Anbieter von Informationsdiensten in einem

möglichst einheitlich geregelten Binnenmarkt attraktiv zu halten, besagt das Herkunftslandprinzip nach seinem Grundsatz, dass jeder Anbieter innerhalb der EU nur das nationale Recht seines Sitzlandes zu beachten und im Regelfall keine Maßnahmen und Restriktionen aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu besorgen braucht. Hierdurch soll eine Rechtssicherheit für Diensteanbieter im EU-Raum gewährleistet und zugleich verhindert werden, dass jeder Anbieter mehr als zwei Dutzend unterschiedlicher Rechtsordnungen in Empfangsstaaten beachten muss, um Haftungsrisiken auszuschließen.

Sind die aktuellen Bestrebungen Deutschlands zur Umsetzung strenger nationalgesetzlicher Vorgaben für Soziale Netzwerke mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten mit dem Herkunftslandprinzip vereinbar? Gibt es Ausnahmen, auf die sich der Bundes- und die Landesgesetzgeber berufen können und welche die nationalen Gesetze unionsrechtlich legitimieren? Oder verstoßen die deutschen Regelungen und Regelungsvorhaben gegen Europäisches Recht? Die nachfolgende Untersuchung fokussiert diese Fragen in einer rechtsmethodischen Analyse unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH sowie Mittelungen der EU Kommission und nimmt zugleich eine eigene rechtliche Bewertung vor.

Verbunden mit der Hoffnung auf einen weiteren regen fachjuristischen Diskurs über die nationale Mediengesetzgebung im Lichte des Herkunftslandprinzips, ist der Autor für Anregungen und Kritik zu diesem ersten Band der Reihe dankbar.

Leipzig, im Juni 2020 Prof. Dr. Marc Liesching

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung

Der Bundes- und die Landesgesetzgeber haben eine Reihe von Gesetzesvorhaben auf den Weg gebracht, welche Anbieter von Telemedien und insbesondere Soziale Netzwerke als Normadressaten zu bestimmten Maßnahmen verpflichten. Dies betrifft vor allem Vorschriften und Novellierungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG)[1], des Medienstaatsvertrags (MStV)[2], des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages (JMStV)[3] und des Jugendschutzgesetzes (JuSchG)[4].

Aus den bereits umgesetzten oder zur Verabschiedung im Gesetzgebungsverfahren befindlichen einschlägigen Vorschriften ergibt sich zum Teil, dass auch Anbieter von Telemedien und insbesondere von Sozialen Netzwerken dem Anwendungsbereich unterfallen sollen, wenn sich die Niederlassung oder der Erstsitz eines Tochterunternehmens nicht in Deutschland, sondern in einem anderen EU-Mitgliedstaat befindet. Teilweise ergibt sich dies aus den Vorschriften unmittelbar, teilweise verbleibt aufgrund der weiten Fassung des Geltungsbereichs nur mittelbar Spielraum für eine entsprechende Interpretation im Rahmen der Rechtsanwendung.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich die Fragestellung, ob und gegebenenfalls wie es mit dem Herkunftslandprinzip insbesondere nach Art. 3 der E-Com-

---

1 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) v. 1. 9. 2017, BGBl. I S. 3352; zur Novellierung vgl. BMJV-Referentenentwurf das sog. „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“, hierzu unten V.1.b)aa) sowie Bundesregierung-Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, hierzu unten V.1.b)bb).

2 Entwurf eines Staatsvertrages zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland – Medienstaatsvertrag (MStV) in der nach Ministerpräsidentenkonferenz am 5. 12. 2019 beschlossenen und im Notifizierungsverfahren (Nr. 2020/26/D) mitgeteilten Entwurfsfassung, hierzu unten V.2.

3 Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – JMStV) v. 13. 9. 2002 (GVBl. 2003 S. 147, BayRS 02 – 21-S); zur Novellierung vgl. den Text in der nach Ministerpräsidentenkonferenz am 5. 12. 2019 beschlossenen Entwurfsfassung sowie die angeänderte Fassung nach Bayer. LT-Drs. 18/7640; S. 70; hierzu unten V.3.

4 Jugendschutzgesetz (JuSchG) v. 23. 7. 2002, BGBl. I S. 2730, zuletzt geändert durch G. v. 10. 3. 2017, BGBl. I S. 420; zur Novellierung vgl. den BMFSFJ-Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes (JuSchGÄndG), angegebener Bearbeitungsstand: 10. 2. 2020.

merce-Richtlinie 2000/31/EG (ECRL) zu vereinbaren ist, dass durch nationalstaatliche Gesetze im Bereich des Strafrechts, des Medienordnungsrechts und des Jugendschutzrechts auch solche Anbieter von Telemedien als Normadressaten verpflichtet werden sollen, deren Hauptniederlassung oder Erst-Niederlassung eines Tochterunternehmens sich in einem anderen EU-Mitgliedstaat befindet.

Nachfolgend werden zunächst die rechtlichen Grundlagen des Herkunftslandprinzips und ihre Auslegung, namentlich nach der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) (hierzu Punkt II.) und nach der AVMD-RL (hierzu Punkt III.) dargestellt. Überdies erfolgt eine Darstellung und Analyse der mitgliedstaatlichen Umsetzung im Telemediengesetz de lege lata sowie in einem aktuellen Entwurf der Bundesregierung (hierzu Punkt IV.).

Auf dieser Grundlage erfolgt schließlich die unionsrechtliche Bewertung einschlägiger nationaler Regelungen (hierzu Punkt V.), namentlich dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), dem Medienstaatsvertrag und dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag in der jeweils von der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen Fassung sowie dem Jugendschutzgesetz in der im BMFSFJ-Referentenentwurf vorgeschlagenen Fassung eines 2.JuSchGÄndG.

Eine Zusammenfassung der wesentlichen rechtlichen Wertungsergebnisse der vorliegenden Analyse (hierzu Punkt VI.) sowie ein Anhang mit ausgesuchten Materialien zu den besprochenen vier nationalen Gesetzen bzw. Gesetzesvorhaben (hierzu Punkt VII.) schließen das Werk ab.

II. Herkunftslandprinzip der E-Commerce Richtlinie (ECRL)

1. Bestimmungen des Art. 3 ECRL

Das europarechtliche Herkunftslandprinzip findet seine Grundlage im Bereich der Telemedien vor allem in der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr").[5] Alternativ zu dem Terminus „Herkunftslandprinzip" werden auch die Diktionen „Prinzip der gegenseitigen Anerkennung" oder „Niederlassungsprinzip" verwandt.[6]

Das Herkunftslandprinzip stellt das Kernstück der ECRL dar und ist seitens der EU-Kommission als unerlässlich für die Gewährleistung eines freien Dienstleistungsverkehrs im Bereich der Dienste der Informationsgesellschaft angesehen worden. Denn ohne ein entsprechendes Prinzip wären Anbieter von Internetdiensten im Binnenmarkt gezwungen, ihre Tätigkeit mit Blick auf etwaig entgegenstehende Vorschriften in allen Mitgliedstaaten zu prüfen.[7] Insoweit wäre das zentrale rechtspolitische Ziel eines Raums ohne Binnengrenzen und einer Stärkung des elektronischen Geschäftsverkehrs in der Informationsgesellschaft[8] nicht erreicht worden.[9]

---

5 Nachfolgend ECRL (ABl. Nr. L 178 S. 1).

6 Vgl. *Marly* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 ECRL Rn. 1; *Hamann*, ZUM 2000, 290, 291.

7 Vgl. bereits KOM (1998) 586, edg., v. 18. 11. 1998, Punkt II.1.; siehe zum Ganzen auch *Marly* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 ECRL Rn. 10 ff.

8 Vgl. Erwägungsgründe 1 und 2 der ECRL.

9 Vgl. auch VG Neustadt a. d. Weinstraße, Urt. v. 16. 12. 2009 – 4 K 694/09, wonach das Herkunftsland „im Zusammenhang mit der (grenzüberschreitenden) Tätigkeit von Telemediendienstanbietern auf die Herbeiführung einheitlicher Rechtsstandards und damit verbunden auf die Beseitigung von Hindernissen für den freien Dienstleistungsverkehr im Europäischen Binnenmarkt" zielt. Weiter wird im Urteil ausgeführt: „Um nicht zusätzliche Hürden aufzubauen und die Einschränkungen für die Dienstleistungsfreiheit möglichst gering zu halten, sollen die Telemediendienste im relevanten Regelungsbereich des Herkunftslandsprinzips grundsätzlich nur dem Anforderungsniveau eines Mitgliedstaates unterworfen werden" (unter Verweis auf *Pfeiffer*, JuS 2004, 282, 284).

Vor diesem Hintergrund ist das Herkunftslandprinzip – trotz (rechtspolitischer) Kritik[10] – ohne Möglichkeit der Erweiterung der Ausnahmen[11] und daher unveränderlich in der ECRL umgesetzt worden. Die einschlägige Vorschrift des Art. 3 legt in Abs. 1 und 2 die Grundsätze des Herkunftslandprinzips fest und regelt in Abs. 3 und 4 Ausnahmen, welche in Bezug auf die (Einzelfall-)Ausnahme des Abs. 4 in den Absätzen 5 und 6 prozedural weiter ausnormiert werden. Die Vorschrift hat den nachfolgenden Wortlaut.

Artikel 3 Binnenmarkt

(1) Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, daß die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen.

(2) Die Mitgliedstaaten dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen.

(3) Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die im Anhang genannten Bereiche.

(4) Die Mitgliedstaaten können Maßnahmen ergreifen, die im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft von Absatz 2 abweichen, wenn die folgenden Bedingungen erfüllt sind:
  a) Die Maßnahme
    i) sind aus einem der folgenden Gründe erforderlich:
      – Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität, sowie von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen,
      – Schutz der öffentlichen Gesundheit,
      – Schutz der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen,
      – Schutz der Verbraucher, einschließlich des Schutzes von Anlegern;
    ii) betreffen einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft, der die unter Ziffer i) genannten Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt;
    iii) stehen in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzzielen.

10 Vgl. *Bodewig*, GRUR INt. 2000, 475 ff.; *Hoeren*, MMR 1999, 192 ff.; *Mankowski*, GRUR Int. 1999, 909 ff.; *Spindler*, MMR Beilage 7/2000, 4 ff.

11 Die zunächst in Art. 22 Nr. 1 3. Spiegelstrich vorgesehene Möglichkeit nachträglicher Erweiterungen von Ausnahmen wurde gestrichen und nicht umgesetzt, vgl. *Marly* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 ECRL Rn. 1.

b) Der Mitgliedstaat hat vor Ergreifen der betreffenden Maßnahmen unbeschadet etwaiger Gerichtsverfahren, einschließlich Vorverfahren und Schritten im Rahmen einer strafrechtlichen Ermittlung,
   - den in Absatz 1 genannten Mitgliedstaat aufgefordert, Maßnahmen zu ergreifen, und dieser hat dem nicht Folge geleistet oder die von ihm getroffenen Maßnahmen sind unzulänglich;
   - die Kommission und den in Absatz 1 genannten Mitgliedstaat über seine Absicht, derartige Maßnahmen zu ergreifen, unterrichtet.

(5) Die Mitgliedstaaten können in dringlichen Fällen von den in Absatz 4 Buchstabe b) genannten Bedingungen abweichen. In diesem Fall müssen die Maßnahmen so bald wie möglich und unter Angabe der Gründe, aus denen der Mitgliedstaat der Auffassung ist, daß es sich um einen dringlichen Fall handelt, der Kommission und dem in Absatz 1 genannten Mitgliedstaat mitgeteilt werden.

(6) Unbeschadet der Möglichkeit des Mitgliedstaates, die betreffenden Maßnahmen durchzuführen, muß die Kommission innerhalb kürzestmöglicher Zeit prüfen, ob die mitgeteilten Maßnahmen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind; gelangt sie zu dem Schluß, daß die Maßnahme nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, so fordert sie den betreffenden Mitgliedstaat auf, davon Abstand zu nehmen, die geplanten Maßnahmen zu ergreifen, bzw. bereits ergriffene Maßnahmen unverzüglich einzustellen.

2. Einschlägige Erwägungsgründe

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kommt den Erwägungsgründen einer Richtlinie eine erhebliche Bedeutung bei der Auslegung zu, da der verfügende Teil eines Unionsrechtsakts untrennbar mit seiner Begründung verbunden und „erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen“ sei, „die zu seinem Erlass geführt haben“.[12]

Neben der allgemeinen Zielstellung der Stärkung des Binnenmarktes im elektronischen Geschäftsverkehrs in der Informationsgesellschaft wird zunächst in Erwägungsgrund (EG) 8 ausdrücklich festgeschrieben, dass es Ziel der ECRL ist, „einen rechtlichen Rahmen zur Sicherstellung des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten zu schaffen“, wobei ergänzend darauf hingewiesen wird, dass der Bereich des Strafrechts nicht als solcher im Sinne einer Vereinheitlichung des Sachrechts harmonisiert werden sollte.

12 Vgl. EuGH, Urt. v. 25. 10. 2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137, 140, Abs. 54 und 55 mwN.

Dass ein striktes Herkunftslandprinzip im gegenseitigen Vertrauen der Mitgliedstaaten nur dann funktioniert, wenn die jeweiligen Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Rechtshoheit gegenüber ansässigen Anbietern auch ihre Aufsicht ausüben und die Einhaltung der jeweils nationalen Bestimmungen im Sitzland durchsetzen, wird in EG 22 mit folgendem Wortlaut deutlich:

> „(22) Die Aufsicht über Dienste der Informationsgesellschaft hat am Herkunftsort zu erfolgen, um einen wirksamen Schutz der Ziele des Allgemeininteresses zu gewährleisten. Deshalb muß dafür gesorgt werden, daß die zuständige Behörde diesen Schutz nicht allein für die Bürger ihres Landes, sondern für alle Bürger der Gemeinschaft sichert. Um das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten zu fördern, muß die Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates des Herkunftsortes der Dienste klar herausgestellt werden. Um den freien Dienstleistungsverkehr und die Rechtssicherheit für Anbieter und Nutzer wirksam zu gewährleisten, sollten die Dienste der Informationsgesellschaft zudem grundsätzlich dem Rechtssystem desjenigen Mitgliedstaates unterworfen werden, in dem der Anbieter niedergelassen ist“.

In den Erwägungsgründen werden zudem die Intentionen der Normierung von Ausnahmen des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 Abs. 3 und 4 ECRL wie folgt erläutert:

> „(24) Unbeschadet der Regel, daß Dienste der Informationsgesellschaft an der Quelle zu beaufsichtigen sind, ist es im Zusammenhang mit dieser Richtlinie gerechtfertigt, daß die Mitgliedstaaten unter den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen Maßnahmen ergreifen dürfen, um den freien Verkehr für Dienste der Informationsgesellschaft einzuschränken.
>
> (25) Nationale Gerichte, einschließlich Zivilgerichte, die mit privatrechtlichen Streitigkeiten befaßt sind, können im Einklang mit den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen Maßnahmen ergreifen, die von der Freiheit der Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft abweichen.
>
> (26) Die Mitgliedstaaten können im Einklang mit den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen ihre nationalen strafrechtlichen Vorschriften und Strafprozeßvorschriften anwenden, um Ermittlungs- und andere Maßnahmen zu ergreifen, die zur Aufklärung und Verfolgung von Straftaten erforderlich sind, ohne diese Maßnahmen der Kommission mitteilen zu müssen“.

Daneben wird in den Erwägungsgründen der ECRL ausdrücklich die vom Europäischen Gerichtshofs[13] entwickelte Rechtsprechung in bestimmen Missbrauchskonstellationen bestätigt, in denen ein in einem Mitgliedstaat niedergelassener Diensteanbieter seine Tätigkeit ausschließlich oder über-

13 Vgl. EuGH, Urt. v. 9. 7. 1997 – C-34/95 u. a., Slg. 1997, I-3843 Abs. 53 – De Agostini.

wiegend auf das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates ausgerichtet hat. Insoweit wird in EG 57 und 58 im Wortlaut ausgeführt:

> „(57) Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist ein Mitgliedstaat weiterhin berechtigt, Maßnahmen gegen einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter zu ergreifen, dessen Tätigkeit ausschließlich oder überwiegend auf das Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaates ausgerichtet ist, wenn die Niederlassung gewählt wurde, um die Rechtsvorschriften zu umgehen, die auf den Anbieter Anwendung fänden, wenn er im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats niedergelassen wäre.
>
> (58) Diese Richtlinie soll keine Anwendung auf Dienste von Anbietern finden, die in einem Drittland niedergelassen sind. Angesichts der globalen Dimension des elektronischen Geschäftsverkehrs ist jedoch dafür Sorge zu tragen, daß die gemeinschaftlichen Vorschriften mit den internationalen Regeln in Einklang stehen. Die Ergebnisse der Erörterungen über rechtliche Fragen in internationalen Organisationen (unter anderem WTO, OECD, UNCITRAL) bleiben von dieser Richtlinie unberührt“.

3. Auslegungsgrundsätze

a) Rechtsprechung des EuGH

aa) Grundsätzliche Unzulässigkeit empfangsstaatlicher Restriktionen

Der EuGH hat sich im Zusammenhang mit der gerichtlichen Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Inhalte auf einer Webseite unter anderem mit der Auslegung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 ECRL befasst.[14] Neben der – vom EuGH verneinten – Frage, ob es sich insoweit um eine spezielle Kollisionsregel im Bereich des internationalen Privatrechts handelt,[15] bestätigt der EuGH das Grundprinzip der Maßgeblichkeit des Rechts

14 EuGH, Urt. v. 25. 10. 2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137 ff. m. Anm. *Brand*, NJW 2012, 127 ff.

15 Der vorlegende BGH (NJW 2011, 2059) hatte danach gefragt, ob Art. 3 Absatz 1 der E-Commerce Richtlinie ein kollisionsrechtlicher Charakter in dem Sinne zukomme, dass er auch für den Bereich des Zivilrechts unter Verdrängung der nationalen Kollisionsnormen die alleinige Anwendung des im Herkunftsland geltenden Rechts anordne oder ob es sich lediglich um ein Korrektiv auf materiell-rechtlicher Ebene handele, durch die die sachlich-rechtlichen Ergebnisse des nach den nationalen Kollisionsnormen für anwendbar

des Sitzlandes derart, dass demgegenüber keine strengeren Bestimmungen in einem Empfangs- bzw. Aufnahmestaat zulässig sind. Der EuGH führt insoweit im Wortlaut aus:

> „Zur Regelung des Art. 3 der Richtlinie ist festzustellen, dass die Unterwerfung der Dienste des elektronischen Geschäftsverkehrs unter die Rechtsordnung des Sitzmitgliedstaats ihres Anbieters nach Art. 3 Abs. 1 es nicht ermöglichen würde, den freien Verkehr dieser Dienste umfassend sicherzustellen, wenn die Diensteanbieter im Aufnahmemitgliedstaat letztlich strengere Anforderungen als in ihrem Sitzmitgliedstaat erfüllen müssten.
>
> Daher lässt es Art. 3 der Richtlinie vorbehaltlich der bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 gestatteten Ausnahmen nicht zu, dass der Anbieter eines Dienstes des elektronischen Geschäftsverkehrs strengeren Anforderungen unterliegt, als sie das im Sitzmitgliedstaat dieses Anbieters geltende Sachrecht vorsieht“.[16]

In der Rechtsliteratur wird darauf hingewiesen, dass der EuGH insoweit die mit Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL bewirkte Einschränkung des nationalen Sachrechts bestätigt habe.[17]

bb) Einzelfallcharakter ausnahmeweise zulässiger Maßnahmen

Zu der gerade im vorliegenden Kontext bedeutsamen Fragestellung, ob die Ausnahmen des Art. 3 Abs. 4 ECRL als Einzelfallausnahmen auch den Erlass abstrakt-genereller Normen von Mitgliedstaaten in nationalen Gesetzen legitimieren kann,[18] hat der EuGH – soweit ersichtlich – noch nicht explizit Stellung genommen. Auch in dem Urteil vom 2. 12. 2010, welches gesetzliche Vertriebsbeschränkungen von Kontaktlinsen in einem Mitgliedstaat zum Gegenstand hatte, wurde diese Frage letztlich offengelassen, da das betreffende Gesetz schon nicht „als zum Ziel des Schutzes der öffentlichen Gesundheit in angemessenem Verhältnis stehend“ i.S.d. Art. 3 Abs. 4 ECRL angesehen worden ist.[19]

---

erklärten Rechts lediglich inhaltlich modifiziert und auf die Anforderungen des Herkunftslandes reduziert würden.

16 EuGH, Urt. v. 25. 10. 2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137, 141 Abs. 66, 67 m. Anm. *Brand*, NJW 2012, 127 ff.

17 Vgl. *Weber*, MMR 2012, 45, 49 f.

18 Siehe hierzu unten Punkt III.3 und III.4.

19 EuGH, Urt. v. 2. 12. 2010 – C-108/09, BeckEuRS 2010, 542292, Abs. 76.

Allerdings ergeben sich deutliche Auslegungshinweise in dem AirBnB-Urteil des EuGH vom 19. 12. 2019[20] in Bezug auf die strengen Ausnahmen für Empfangsstaat-Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 4 ECRL gegenüber in einem anderen EU-Mitgliedstaat ansässigen Diensteanbietern. Denn hier betont der EuGH den Einzelfallcharakter solcher Maßnahmen gegen „einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“, indem er klarstellt, dass „die betreffende einschränkende Maßnahme“ konkret „erforderlich sein“ muss, „um den Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Gesundheit oder der Verbraucher zu gewährleisten“.[21] Der konkrete Dienst muss darüber hinaus „die Schutzziele tatsächlich“ beeinträchtigen „oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr der Beeinträchtigung dieser Ziele“ darstellen.[22] Mit dieser Rechtsprechung scheint nicht vereinbar, abstrakt-generelle Maßnahmen wie gesetzliche Restriktionen gegen eine Vielzahl von Diensteanbietern und ohne Ansehung der konkreten Umstände des Einzelfalls nach Art. 3 Abs. 4 ECRL zu rechtfertigen.

Dies gilt umso mehr, als mit Blick auf die Ausnahmen von dem Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 4 bis 6 ECRL die ständige Rechtsprechung der EuGH zu beachten ist, wonach generell bei Abweichungen von einem europarechtlichen Grundprinzip eine enge Auslegung geboten ist.[23] Unbeschadet des Herkunftslandprinzips gestatten daher sowohl die ECRL als auch die AVMD-RL den Mitgliedstaaten die Ergreifung von Maßnahmen, die eine Einschränkung der freien Erbringung von Internet- und Mediendiensten bedeuten, nur unter strenger Beachtung der in den Richtlinien festgelegten Bedingungen und Verfahren.[24]

20 Vgl. EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18 – Airbnb Ireland, MMR 2020, 171 ff.; Keine Ausführungen zum Herkunftslandprinzip finden sich demgegenüber in dem Urteil des EuGH zur Löschung beleidigender Äußerungen auf Facebook (EuGH, Urt. v. 3. 10. 2019 – C-18/18 – Glawischnig-Piesczek, MMR 2019, 798 m. Anm. *Specht-Riemenschneider*; siehe hierzu auch *Holznagel*, ZUM 2019, 910 ff. Insoweit wird lediglich eine Auslegung des Art. 15 ECRL mit Blick auf das Auffinden und Löschen wort- und sinngleicher Rechtsverletzungen angestellt, ohne dass eine Bezugnahme auf Art. 3 ECRL ersichtlich ist.

21 EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 84, MMR 2020, 171, 174.

22 EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 84, MMR 2020, 171, 174.

23 Vgl. EuGH, Urt. v. 9. 3. 2000 – C-355/98, Slg. 2000, I-1221, Abs. 28; EuGH, Urt. vom 19. 1. 1999 – C-348/96, Slg. 1999, I-11, Abs. 23.

24 Vgl. etwa Erwägungsgrund 43 der AVMD-RL, hierzu auch unten Punkt II.4.b).

cc) Formelle (Mitteilungs-)Anforderungen

In formeller Hinsicht bestätigt der EuGH in dem Urteil vom 19. 12. 2019[25], dass der betreffende Mitgliedstaat gem. Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich ECRL vor Ergreifen der betreffenden Maßnahmen – unbeschadet etwaiger Gerichtsverfahren, einschließlich Vorverfahren und Schritten im Rahmen einer strafrechtlichen Ermittlung – die Kommission und den Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Erbringer der genannten Dienstleistung ansässig ist, über seine Absicht, die betreffenden restriktiven Maßnahmen zu ergreifen, unterrichtet haben muss.[26]

Im Einklang mit seiner Rechtsprechung zur Einhaltung des Notifizierungsverfahrens nach der RL 2015/1535[27] betont der EuGH, dass ein Verstoß gegen die formellen (Mitteilungs-)Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 lit b ECRL zu einer Unanwendbarkeit betreffender Empfangsstaatregelungen in Bezug auf im Einzelfall von Maßnahmen betroffene Anbieter führt.[28] Der EuGH führt hierzu im Wortlaut aus (Hervorhebungen und Klammer-Weglassungen des Verf.):

„88 Somit ist zu bestimmen, ob der Verstoß eines Mitgliedstaats gegen seine in Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich RL 2000/31 vorgesehene Pflicht zur vorherigen Unterrichtung über Maßnahmen, die den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft beschränken, eine Unanwendbarkeit der betreffenden Regelung auf Einzelne nach sich zieht, entsprechend den Folgen, die sich aus einem Verstoß eines Mitgliedstaats gegen seine in Artikel 5 Absatz 1 RL 2015/1535 vorgesehene Pflicht zur vorherigen Mitteilung technischer Vorschriften ergeben (vgl. in diesem Sinne U. v. 30. 4. 1996 – C-194/94, Rdnr. 54 – CIA Security International).

89 Hierzu ist erstens festzustellen, dass Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich RL 2000/31 für die Mitgliedstaaten eine **genau umrissene Verpflichtung** aufstellt, die **Kommission und den Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der betroffene Dienstleistungserbringer ansässig ist, vorab über ihre Absicht zu unterrichten, eine Maßnahme zu ergreifen**, die den freien Verkehr des Dienstes der Informationsgesellschaft beschränkt.

90 Die in dieser Bestimmung vorgesehene **Verpflichtung ist inhaltlich hinreichend klar, genau und unbedingt**, um ihr unmittelbare Wirkung zuzuerkennen, und kann folglich **vom Einzelnen vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden** (vgl. entspr. EuGH, a.a.O., Rdnr. 44 – CIA Security International).

91 Zweitens steht, wie sich aus Art. 3 Abs. 2 i.V.m. dem achten Erwägungsgrund der RL 2000/31 ergibt, außer Frage, dass das Ziel dieser RL in der Sicherstellung des freien

25 Vgl. EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18 – Airbnb Ireland, MMR 2020, 171 ff.
26 EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 85, MMR 2020, 171, 174.
27 Vgl. EuGH, Urt. v. 30. 4. 1996 – C-194/94, Rn. 54 – CIA Security International.
28 EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 88 ff., MMR 2020, 171, 174 f.

Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft zwischen den Mitgliedstaaten besteht. Dieses Ziel wird über einen Mechanismus zur Kontrolle von potenziell beeinträchtigenden Maßnahmen verfolgt, der es sowohl der Kommission als auch dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der betreffende Anbieter des Dienstes der Informationsgesellschaft ansässig ist, ermöglicht, dafür Sorge zu tragen, dass diese Maßnahmen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses erforderlich sind.

92 Soweit die Kommission, die innerhalb kürzest möglicher Zeit zu prüfen hat, ob die mitgeteilten Maßnahmen mit dem Unionsrecht vereinbar sind, zu dem Schluss gelangt, dass die geplanten Maßnahmen mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, hat sie zudem, wie sich aus Art. 3 Abs. 6 der RL ergibt, den betreffenden Mitgliedstaat aufzufordern, davon Abstand zu nehmen, diese Maßnahmen zu ergreifen bzw. bereits ergriffene Maßnahmen rasch einzustellen. Dieses Verfahren erlaubt es der Kommission, den Erlass oder zumindest die Aufrechterhaltung von gegen den AEUV verstoßenden Handelsschranken u. a. dadurch zu verhindern, dass sie Änderungen der geplanten nationalen Maßnahmen vorschlägt (vgl. entspr. EuGH, a.a.O., Rdnr. 41 – CIA Security International).

93 Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich RL 2000/31 sieht zwar (…) im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 1 RL 2015/1535 keine Stillhalteverpflichtung zu Lasten des Mitgliedstaats vor, der den Erlass einer Maßnahme beabsichtigt, mit der der freie Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft beschränkt wird. Der betreffende Mitgliedstaat hat jedoch, wie in Rdnr. 89 des vorliegenden Urteils ausgeführt, die Kommission und den Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der betroffene Diensteanbieter ansässig ist, außer bei ordnungsgemäß nachgewiesener Dringlichkeit vorab über seine Absicht zu unterrichten, eine solche Maßnahme zu ergreifen.

94 In Anbetracht der in den Rdnr. 89 bis 92 des vorliegenden Urteils dargelegten Gesichtspunkte stellt die durch Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich RL 2000/31 eingeführte Pflicht zur vorherigen Unterrichtung **nicht eine bloße Mitteilungspflicht dar** (…), sondern vielmehr eine **wesentliche Verfahrensvorschrift, die es rechtfertigt, dass nicht mitgeteilte Maßnahmen, die den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft beschränken, dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden dürfen** (vgl. entspr. EuGH, a.a.O., Rdnr. 49 u. 50 – CIA Security International).

95 Drittens bietet sich die Übertragung der im Urteil … CIA Security International …, für die RL 2015/1535 gefundenen Lösung auf die RL 2000/31, wie von der Kommission in der mündlichen Verhandlung zu Recht geltend gemacht, umso mehr an, als die in **Art. 3 Abs. 4 lit. b** 2. Gedankenstrich RL 2000/31 vorgesehene Unterrichtungspflicht nicht – wie die in der Rechtssache, in der das angeführte Urteil ergangen ist – **dazu dient**, den Erlass von Maßnahmen durch einen Mitgliedstaat zu verhindern, die in dessen Zuständigkeitsbereich fallen und möglicherweise die Dienstleistungsfreiheit beschränken, sondern dazu, **einen Eingriff eines Mitgliedstaats in die grundsätzliche Zuständigkeit des Mitgliedstaats des Sitzes des betreffenden Anbieters des Dienstes der Informationsgesellschaft zu verhindern.**

96 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass ein Verstoß eines Mitgliedstaats gegen seine in Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich RL 2000/31 vorgesehene Pflicht zur Unterrichtung über eine Maßnahme, die den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft

beschränkt, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Anbieter erbracht werden, dazu führt, dass diese **Maßnahme dem Einzelnen nicht entgegengehalten werden kann** (vgl. entspr. EuGH, a.a.O., Rdnr. 54 – CIA Security International).

97 Hierzu ist noch festzustellen, dass die **Unwirksamkeit einer nicht mitgeteilten Maßnahme**, die den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft beschränkt, wie bei von dem Mitgliedstaat nicht übermittelten technischen Vorschriften gem. Art. 5 Abs. 1 RL 2015/1535 **nicht nur anlässlich eines Strafverfahrens geltend gemacht werden** kann (vgl. entspr. U. v. 4. 2. 2016 – C-336/14, Rdnr. 84 – Ince), sondern auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten (vgl. entspr. U. v. 27. 10. 2016 –C-613/14, Rdnr. 64 und die dort angeführte Rspr. – James Elliott Construction).

98 In einem Verfahren wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, in dem eine Person anlässlich eines Verfahrens vor einem Strafgericht von einer anderen Person den Ersatz eines Schadens begehrt, der in der verfolgten Straftat wurzelt, führt der Verstoß des Mitgliedstaats gegen seine nach Art. 3 Abs. 4 lit. b 2. Gedankenstrich RL 2000/31 bestehende Pflicht zur Unterrichtung über diese Straftat dazu, dass die nationale Maßnahme, in der diese Straftat vorgesehen ist, der verfolgten Person nicht entgegengehalten werden kann. Auch steht es dieser Person frei, diesen Verstoß nicht nur i.R.d. gegen sie gerichteten Strafverfolgung geltend zu machen, sondern auch i.R.d. von einem Einzelnen, der sich als Zivilpartei bestellt hat, erhobenen Entschädigungsantrags“.[29]

Aus dem Urteil ergibt sich m. E. nicht nur, dass Verstöße gegen die Mitteilungspflichten des Art. 3 Abs. 4 lit b ECRL zur Unanwendbarkeit von entsprechenden gesetzlichen Empfangsstaatregelungen in der konkreten Anwendung auf einen Diensteanbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat führen. Darüber hinaus differenziert der EuGH implizit einerseits zwischen dem Notifizierungsverfahren nach RL 2015/1535 und andererseits der Mitteilung nach Art. 3 Abs. 4 lit b ECRL. Hiermit dürfte die Auffassung eher nicht zu vereinbaren sein, dass eine Notifizierung des Entwurfs einer gesetzlichen Regelung nach RL 2015/1535 zugleich auch als hinreichende Mittelung einer (abstrakt-generellen[30]) Maßnahme nach Art. 3 Abs. 4 lit b ECRL angesehen werden kann. Lediglich hinsichtlich der Rechtsfolge bei Verstößen gelangt der EuGH zu demselben Ergebnis der Unanwendbarkeit in Bezug auf einen von der Empfangsstaatregelung bzw. -maßnahme betroffenen Diensteanbieter.

29 EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 88 – 98, MMR 2020, 171, 174 f.

30 Abstrakt generelle Maßnahmen sind ohnehin nicht als ausnahmsweise zulässige Maßnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL legitimiert, siehe hierzu sogleich nachfolgend b) und c).

b) Mitteilung der EU-Kommission vom 14. 5. 2003

Nach der Umsetzung der ECRL hat die Kommission der Europäischen Union anlässlich erhobener Bedenken[31] einzelner Mitgliedstaaten gegen das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 ECRL „Erläuterungsbedarf“ insbesondere mit Blick auf die Ausnahmeregelungen nach den Absätzen 4 bis 6 festgestellt.[32] Die Kommission bestätigt hierbei nochmals ihre Einschätzung, dass einem Mitgliedstaat gemäß Art. 3 Abs. 4 bis 6 ECRL ausreichend Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um „im Einzelfall“ Maßnahmen gegen „einen“ Diensteanbieter zu ergreifen, der eines der unter Absatz 4 Buchstabe a) Ziffer i fallenden Ziele des Allgemeininteresses gefährdet oder eine ernsthafte Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt.[33]

Die EU-Kommission bestätigt mithin die grundsätzliche systematische Unterscheidung in Artikel 3 ECRL, dass namentlich Abs. 3 „allgemeine Ausnahmen“[34] für bestimmte Regelungsbereiche ermöglicht, hingegen die Ausnahmen der Absätze 4 bis 6 lediglich einzelfallbezogen Maßnahmen gegen Dienste aus einem anderen Mitgliedstaat unter „strengen Voraussetzungen“ ermöglichen.

Deutlich wird dies auch anhand der Erläuterungen zu dem Begriff „bestimmter Dienst der Informationsgesellschaft“ als Maßnahmenadressat bei Ausnahmen nach Abs. 4. Die EU-Kommission führt insoweit bezogen auf die mitgliedstaatliche Regulierung von Finanzdienstleistungen im Wortlaut aus (Hervorhebungen des Verf.):

> „Durch die Bezeichnung „bestimmter“ Dienst soll klargestellt werden, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen von **Artikel 3 Absatz 4 keine allgemeinen Maßnahmen** gegenüber einer Kategorie von Finanzdienstleistungen als Ganzes – wie z. B. Investmentfonds oder Kredite – ergreifen dürfen.

31 Die Bedenken einzelner Mitgliedstaaten sowie die Mitteilung der EU-Kommission bezogen sich auf die Regulierung von Finanzdienstleistungen im elektronischen Geschäftsverkehr.

32 Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und die Europäische Zentralbank vom 14. 5. 2003 zur „Anwendung von Artikel 3 Absätze 4 bis 6 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr auf Finanzdienstleistungen, KOM(2003) 259 endg. v. 14. 5. 2003.

33 KOM(2003) 259 endg. v. 14. 5. 2003, S. 2.

34 Vgl. KOM(2003) 259 endg. v. 14. 5. 2003, S. 3.

> Um unter Artikel 3 Absatz 4 zu fallen, muss sich eine Maßnahme also **auf einen konkreten Fall beziehen**, d. h. gegenüber einer ganz bestimmten Finanzdienstleistung ergriffen werden, die **von einem bezeichneten Anbieter** erbracht wird.
>
> Es könnte sich z. B. um eine Mahnung oder ein Zwangsgeld von Seiten eines Mitgliedstaats (Bestimmungsmitgliedstaats) gegenüber einer Bank handeln, die von dem Mitgliedstaat aus, in dem sie niedergelassen ist (Herkunftsmitgliedstaat), in seinem Hoheitsgebiet nichtharmonisierte Investmentdienste anbietet. Derartige Maßnahmen könnten damit begründet werden, dass die Bank bestimmte Verhaltensregeln missachtet, die im Bestimmungsmitgliedstaat dem Verbraucherschutz dienen.
>
> **Nicht zulässig wäre es** hingegen, wenn ein Mitgliedstaat auf der Grundlage von Artikel 3 Absatz 4 **die Gesamtheit seiner Rechtsvorschriften** für nicht harmonisierte Investmentfonds **allgemein und horizontal auf alle Dienste anwendet, zu denen die Einwohner dieses Staates Zugang haben**".[35]

Schließlich bekräftigt die EU-Kommission in ihrer Mitteilung den Einzelfallcharakter der Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL nochmals im Zusammenhang mit dem Rechtsbegriff der „ernsthaften und schwerwiegenden Gefahr" als Ausnahmevoraussetzungen, soweit ausgeführt wird, dass Maßnahmen „einen bestimmten Dienst betreffen" müssen, der entweder die aufgeführten Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt.[36]

c) Rechtsliteratur und (deutsche) Rechtsprechung

Die Rechtsliteratur geht entsprechend der Mitteilung der EU-Kommission davon aus, dass die Ausnahme vom Grundsatz des Herkunftslandprinzips im Rahmen des Art. 3 Abs. 4 ECRL keine abstrakt-generellen Gesetze legitimieren kann, sondern nur auf den Einzelfall eines bestimmten Telemediendienstes bezogene Maßnahmen, soweit diesbezüglich die strengen weiteren Voraussetzungen der Absätze 5 und 6 erfüllt sind.[37] Auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung

---

35 Vgl. KOM(2003) 259 endg. v. 14. 5. 2003, S. 5.

36 Vgl. KOM(2003) 259 endg. v. 14. 5. 2003, S. 6.

37 Ganz h.M., vgl. *Altenhain* in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 52; *Böse* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB – Kommentar, 5. Aufl. 2017, Vor § 3 ff. StGB Rn. 39; *Eifert*, in; Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 9, 24; *Feldmann,* K&R 2017, 292, 296; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen,* K&R 2017, 433 f.; *Handel*, MMR 2017, 227, 230; *Heckmann*, Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn. 207; *Hoven/Gersdorf,* in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Edition, Stand: 1. 5. 2019, § 1 NetzDG Rn. 9;

geht eher davon aus, dass die Ausnahmen des Art. 3 Abs. 4 ECRL und des die RL-Vorgabe umsetzenden § 3 Abs. 5 TMG einzelfallbezogen sind.[38]

Auch der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshof (BGH) hat in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren[39] über die Beachtung von Jugendschutzvorschriften bei ausländischen, pornographischen Angeboten letztlich eine Einzelfallbezogenheit der Ausnahmen angenommen, wenngleich zunächst „missverständlich"[40] ausgeführt wird, dass die inländischen Beschränkungen für Pornographie im Internet nach dem JMStV auch für Angebote aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union „gelten" würden. Dass der Bundesgerichtshof eine solche „Geltung" jedoch nur im Sinne einer Anwendung deutscher Bestimmungen auf EU-ausländische Anbieter im Einzelfall-Vollzug (Maßnahmen) meint, erschließt sich aus den weiteren Ausführungen der Urteilsbegründung, wonach die in Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL vorgesehenen Mitteilungs- und Konsultationspflichten „dann zu beachten" sind, „wenn deutsche Behörden gegen ein konkretes Angebot eines Diensteanbieters aus einem anderen Mitgliedstaat einschreiten wollen".[41]

Liesching, MMR 2018, 26, 29 f.; *ders.* in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 1 NetzDG Rn. 13 ff.; *Marly* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 20. Aufl. 2009, Art. 3 ECRL Rn. 21 ff.; *Müller-Broich*, TMG – Kommentar, 2012, § 3 Rn. 21; *Naskret*, Das Verhältnis zwischen Herkunftslandprinzip und Internationalem Privatrecht in der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 40; *Nordmeier* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Teil 12 § 3 Rn. 27 f.; *Ohly*, WRP 2006, 1401, 1405; *Spindler* in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 55 ff.; *ders.*, ZUM 2017, 473, 474 ff.; *ders.*, K&R 2017, 533, 535 f.; *Weller*, in Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, 26. Edition 2019, § 3 TMG Rn. 32; *Wimmers/Heymann,* AfP 2017, 93, 96 f.s. auch VG Neustadt, Urt. v. 16. 12. 2009 – 4 K 694/09, BeckRS 2010, 45399 Rn. 53.

38 Vgl. VG Neustadt a. d. Weinstraße, Urt. v. 16. 12. 2009 – 4 K 694/09; ebenso *Altenhain* in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 52 Fn. 119.

39 Vgl. BGH, Urt. v. 18. 10. 2007 – I ZR 102/05, MMR 2008, 400 ff. m. Anm. *Liesching* und Anm. *Waldenberger.*

40 So zutreffend *Altenhain* in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 52, Fn. 119.

41 Vgl. BGH MMR 2008, 400, 404. Dies unterscheidet die Rechtsauslegung des BGH etwa von der Rechtsmeinung des NetzDG-Gesetzgebers (vgl. BT-Drs.18/12356, S. 14), die Voraussetzungen der Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 4 bis 6 ECRL seien nur bei der Umsetzung abstrakt-genereller Regelungen zu beachten und führten dann dazu, dass das betreffende Gesetz selbst in jedem Einzelfall für Anbieter in anderen EU-Mitgliedstaaten eo ipso gelte und vollzogen werden könne.

Demgegenüber hat derselbe Senat des Bundesgerichtshofs in einem früheren wettbewerbsrechtlichen Verfahren in Bezug auf die Arzneimittelwerbung im Internet eine Anwendbarkeit der deutschen Beschränkungen nach dem Heilmittelwerberecht i.V.m den Bestimmungen des UWG auch für Internetanbieter in anderen EU-Mitgliedstaaten mit der Begründung bejaht, das gesetzliche Werbeverbot erfülle schon abstrakt und nicht nur für den jeweiligen Einzelfall die damals im Teledienstegesetz geregelte Ausnahme zum Herkunftslandprinzip.[42] Zur Begründung wird ausgeführt, das in EU-Richtlinien vorgesehene und im deutschen HWG umgesetzte Werbeverbot für nicht zugelassene Arzneimittel diene generell der Abwendung ernsthafter und schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Gesundheit und sei allgemein verhältnismäßig. Demgegenüber würde das Schutzniveau aber abgesenkt, wenn „in jedem Einzelfall eine Prüfung erforderlich wäre, ob konkrete, nicht anders als durch ein Verbot abwendbare Gefahren von einer Werbung für ein nicht zugelassenes Arzneimittel ausgehen".[43]

Freilich betraf der Fall die Sonderkonstellation, dass das betreffende nationalgesetzliche Arzneimittelwerbeverbot seinerseits die Vorgabe zweier EU-Richtlinien umgesetzt hat.[44] Vor diesem Hintergrund hat der Senat eine abstrakt-generelle Verbortsnorm als Ausnahme vom Herkunftslandprinzip zunächst nur dann für möglich erachtet, wenn eine EU-Richtlinie diese als Rechtsakt verbindlich für die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten vorschreibt. So betont der Senat, dass aus dem Vorhandensein eines nationalen Werbeverbots für entsprechende Arzneimittel gerade nicht geschlossen werden kann, dass auch die Voraussetzungen einer Ausnahme zum Herkunftslandprinzip erfüllt sind. Hiervon weicht das Gericht nur deshalb ab, weil Art. 2 der Richtlinie 92/28/EWG und Art. 87 Abs. 1 der Richtlinie 2001/83/EG ein solches gesetzliches Verbot abstrakt-generell zur Abwendung ernsthafter und schwerwiegender Gefahren für die öffentliche Gesundheit verbindlich vorschreibt.[45]

42 BGH NJW 2006, 2630, 2632 f. zur damaligen die E-Commerce-RL umsetzenden §§ 4 Abs. 2 Satz 2 i.V. mit Abs.5 Satz 1 Nr. 3 des Teledienstegesetzes (TDG).

43 BGH, Urt. v. 30. 3. 2006 – I ZR 24/03, NJW 2006, 2630, 2633.

44 Art. 2 der Richtlinie 92/28/EWG des Rates vom 31. 3. 1992 über die Werbung für Humanarzneimittel (ABlEG Nr. L 113 v. 30. 4. 1992, S. 13) und Art. 87 Abs.1 der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. 11. 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel (ABlEG Nr. L 311 v. 28. 11. 2001, S. 67).

45 Art. 87 Abs. 1 RL 2001/83/EG: „Die Mitgliedstaaten untersagen die Werbung für ein Arzneimittel, für dessen Inverkehrbringen keine Genehmigung nach den Rechtsvorschriften der Gemeinschaft erteilt worden ist".

4. Rechtsmethodische Auslegung

a) Geltungsbereich / Rechtshoheitserstreckung

aa) Wortlautauslegung

Die Auslegung des Wortlauts von Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL stützt zunächst die dargestellte Rechtsprechung des EuGH, dass es das Herkunftslandprinzip einem Empfangs-Mitgliedstaat – abgesehen von den engen Ausnahmen nach Abs. 3 und 4 – grundsätzlich nicht erlaubt, strengere rechtliche Anforderungen zu regeln, als sie vom Diensteanbieter in seinem Sitzmitgliedstaat zu erfüllen sind.[46] Denn solche strengeren Anforderungen eines Empfangs-Mitgliedstaates stellten gerade „Einschränkungen" des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat im Sinne des Wortlauts des Art. 3 Abs. 2 ECRL dar. Entsprechend ist mit der Rechtsliteratur auch nach dem Richtlinienwortlaut davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL eine Einschränkung des Geltungsbereichs des nationalen Sachrechts darstellt.[47]

bb) Teleologische Auslegung

Rechtsmethodisch gestützt wird dies auch durch eine teleologische Auslegung. Soweit namentlich Kernziel der ECRL die Herstellung eines Binnenmarkts ohne Beschränkungen des freien Verkehrs von Diensten der Informationsgesellschaft ist,[48] kann eine entsprechende Zielstellung nur dann erreicht werden, wenn im Grundsatz Anbieter ihre Dienste rechtssicher schon dann im EU-Raum anbieten können, wenn sie das Recht ihres Sitzlandes erfüllen und nicht besorgen brauchen, in mehreren anderen Staaten aufgrund strengerer nationaler Vorschriften Restriktionen unterworfen zu werden. Dies würde nach der Rechtsprechung des EuGH entgegen Art. 3 ECRL „nicht ermöglichen, den freien Verkehr dieser Dienste umfassend sicherzustellen, wenn die Diensteanbieter im Aufnahmemitgliedstaat letztlich strengere Anforderungen als in ihrem Sitzmitgliedstaat erfüllen müssten".[49]

---

46 Vgl. EuGH, Urt. v. 25. 10. 2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137, 141 Abs. 66, 67 m. Anm. *Brand*, NJW 2012, 127 ff.; siehe hierzu oben Punkt II.3.a).

47 Vgl. *Weber*, MMR 2012, 45, 49 f.

48 Siehe zu den Erwägungsgründen ausführlich oben Punkt II.2.

49 EuGH, Urt. v. 25. 10. 2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137, 141 Abs. 66, 67 m. Anm. *Brand*, NJW 2012, 127 ff.

Auch die Erwägung aus EG 22, wonach das Herkunftslandprinzip auf der Basis gegenseitigen Vertrauens der Mitgliedstaaten nur dann funktioniert, wenn die jeweiligen Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Rechtshoheit gegenüber ansässigen Anbietern auch ihre Aufsicht ausüben und die Einhaltung der jeweils nationalen Bestimmungen im Sitzland durchsetzen, legt die teleologische Auslegung nahe, dass aufgrund der Durchsetzung des Rechts des Sitzlandes weitergehende Restriktionen anderer EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht mit Art. 3 Abs. 2 ECRL zu vereinbaren sind.

b) Ausnahmen für (Einzelfall-)Maßnahmen

aa) Wortlautauslegung

Die Wortlautauslegung des Art. 3 Abs. 4 ECRL stützt die Auffassung der EU-Kommission[50] und der herrschenden Literatur,[51] dass hiernach nur durch Einzelfallmaßnahmen Durchbrechungen des Herkunftslandprinzips möglich sind, hingegen nicht durch abstrakt-generelle Regelungen in mitgliedstaatlichen Gesetzen. Denn hiernach ist eine Abweichung von Art. 3 Abs. 2 nur bei Maßnahmen im Hinblick „auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft" zulässig. Dieses Erfordernis wird im Rahmen des Abs. 4 nachgerade tautologisch zweimal in den Wortlaut aufgenommen, insbesondere auch in lit. a)ii), wonach die Maßnahmen einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft „betreffen" müssen. Hiermit erscheinen regulatorische Maßnahmen eines Empfangsstaats unvereinbar, die nicht spezifisch einen bestimmten (einzelnen) Dienst, sondern vielmehr eine Vielzahl von Diensten aufgrund abstrakt formulierter Merkmale betreffen. Diese Auslegung wird auch aus dem weiteren Wortlaut der Ausnahmevoraussetzungen in lit. a)ii) gestützt, da die dort vorausgesetzte tatsächliche Schutzzielbeeinträchtigung bzw. „ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung" eher nur phänomenologisch für den jeweils einzeln auftretenden Fall geprüft werden kann und nicht pauschal bzw. abstrakt für eine Vielzahl von Angeboten bzw. Anbietern angenommen werden kann.

50 Siehe hierzu oben Punkt II.3.b).
51 Siehe hierzu oben Punkt II.3.c).

bb) Teleologische Auslegung

Auch eine rechtsmethodische Betrachtung anhand des Regelungszwecks des Art. 3 ECRL stützt die Auslegung, dass nach Abs. 4 lediglich einzelfallbezogene Maßnahmen gegen ein bestimmtes Diensteangebot das Herkunftslandprinzip durchbrechen können. Denn wollte man demgegenüber auch abstrakt-generelle Regelungen durch alle EU-Empfangsstaaten für eine Vielzahl von Diensten nach den Schutzzielen z. B. der öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze als zulässig ansehen, würde das Regelungsziel des Art. 3 Abs. 2 ECRL eines freien Diensteverkehrs mit hoher Rechtssicherheit für die Dienstanbieter nahezu vollumfänglich unterminiert. Denn wäre es allen Mitgliedstaaten möglich, in den durch die Schutzziele der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit sowie den Verbraucherschutz weit gefassten Maßnahmenbereichen über Einzelfälle hinaus auch abstrakte Gesetze und Verordnungen für eine Vielzahl von Telemedien zu erlassen, würde hierdurch faktisch das Prinzip des Binnenmarktes weitgehend aufgekündigt werden. Anbieter sähen sich in den einzelnen Mitgliedstaaten einer Vielzahl, gegenüber dem Recht des Sitzlandes divergierenden und strengeren Rechtsnormen ausgesetzt. Dies soll indes durch das Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL gerade vermieden werden.

cc) Systematische Auslegung

Schließlich spricht auch ein rechtssystematischer Blick auf Art. 3 ECRL für eine Auslegung im dargelegten Sinne. Denn hiernach werden allgemeine, bzw. abstrakte Ausnahmen von Regelungsbereichen in Absatz 3 der Norm gefasst.[52]

---

52 Abs. 3 verweist hinsichtlich generell erfasster Ausnahme-Regelbereiche auf den Anhang, welcher enumerativ folgende Bereiche benennt:
- Urheberrecht, verwandte Schutzrechte, Rechte im Sinne der Richtlinie 87/54/EWG sowie gewerbliche Schutzrechte;
- Ausgabe elektronischen Geldes durch Institute, auf die die Mitgliedstaaten eine der in Artikel 31 Artikel 8 Absatz 1 der Richtlinie 2000/46/EG vorgesehenen Ausnahmen angewendet haben;
- Artikel Artikel 44 Absatz 2 der Richtlinie 85/611/EWG;
- Artikel 30 und Titel IV der Richtlinie 92/49/EWG sowie die Artikel EWG_RL_88_357 Artikel 7 und 8 der Richtlinie 88/357/EWG und Artikel 4 der Richtlinie 90/619/EWG;
- Freiheit der Rechtswahl für Vertragsparteien;
- vertragliche Schuldverhältnisse in bezug auf Verbraucherverträge;

Hingegen werden Regelungsbereiche, welche nicht generell vom Herkunftslandprinzip ausgenommen werden, sondern lediglich für den Einzelfall in bestimmten Schutzziel-Bereichen unter engen, am Einzelfall zu prüfenden Voraussetzungen Maßnahmen ermöglichen sollen, gesondert in Absatz 4 normiert.

5. Ergebnis

Die rechtsmethodische Auslegung des Herkunftslandprinzips nach dem Wortlaut des Art. 3 ECRL, nach dem Normzweck und der Rechtssystematik sowie die Auslegungshinweise der EU-Kommission, die Rechtsprechung des EuGH und die Rechtsliteratur sowie ein Teil der nationalen Rechtsprechung ergeben folgende, für nationalstaatliche Telemedien-Regulierung zu beachtende Grundsätze:

- Nach dem Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL ist es einem Empfangs-Mitgliedstaat – abgesehen von den engen Ausnahmen nach Abs. 3 und 4 – grundsätzlich nicht erlaubt, im koordinierten Bereich strengere rechtliche Anforderungen zu regeln, als sie vom Diensteanbieter in seinem Sitzmitgliedstaat zu erfüllen sind. Solche strengeren Bestimmungen sind im Sinne einer Beschränkung des Sachrechts nicht auf Diensteanbieter mit Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat anwendbar.
- Die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL legitimiert keine abstrakt-generellen Regelungen eines Empfangs-Mitgliedstaates gegen Diensteanbieter zur Verfolgung der dort genannten Schutzziele, sondern lediglich (Aufsichts- und Verfolgungs-) Maßnahmen im Einzelfall gegen einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft. Nur insoweit ist eine Durchbrechung des Herkunftslandprinzips bei Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der Gesundheit und des Verbraucherschutzes möglich. Die Missachtung der formellen Ausnahmevoraussetzungen (Mitteilungspflichten) führt zur Unanwendbarkeit einer Regelung, soweit diese für eine konkrete Maßnahme gegen den betroffenen Anbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat herangezogen wird.

– formale Gültigkeit von Verträgen, die Rechte an Immobilien begründen oder übertragen, sofern diese Verträge nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem sich die Immobilie befindet, zwingenden Formvorschriften unterliegen;
– Zulässigkeit nicht angeforderter kommerzieller Kommunikation mittels elektronischer Post.

III. Herkunftslandprinzip der AVMD-Richtlinie

1. Relevante Bestimmungen der AVMD-RL

a) Sendestaatprinzip bei audiovisuellen Mediendiensten (Art. 3)

Auch die Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (AVMD-RL)[53] enthält rechtliche Grundlagen zur Umsetzung in den EU-Mitgliedstaaten, welche die Anwendbarkeit nationaler Vorschriften im koordinierten Bereich betreffen. Diese lehnen sich vor allem allgemein für audiovisuelle Mediendienste[54] in Art. 3 AVMD-RL im Wesentlichen an der Regelungssystematik des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 ECRL an,[55] wenngleich z. B. in den Erwägungsgründen und in der Rechtsliteratur teilweise die ursprünglich auf linearen Rundfunk beschränkte, eigenständige Diktion „Sendestaat" bzw. „Sendestaatprinzip" verwendet wird.[56] Die Vorschrift des Art. 3 AVMD-RL hat den nachfolgenden Wortlaut:

53 Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste – AVMD RL vom 10. 3. 2010, ABl. L 95 S. 1, ber. ABl. L 263 S. 15.

54 Vgl. die Definition des Rechtsbegriffs „audiovisueller Mediendienst" in Art. 1 Abs. 1 a) i) AVMD-RL, wonach erfasst ist: „eine Dienstleistung im Sinne der Artikel 56 und 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder ein trennbarer Teil der Dienstleistung darin besteht, unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendiensteanbieters der Allgemeinheit Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung über elektronische Kommunikationsnetze im Sinne des Artikels 2 Buchstabe a der Richtlinie 2002/21/EG bereitzustellen; bei diesen audiovisuellen Mediendiensten handelt es sich entweder um Fernsehprogramme gemäß der Definition unter Buchstabe e des vorliegenden Absatzes oder um audiovisuelle Mediendienste auf Abruf gemäß der Definition unter Buchstabe g des vorliegenden Absatzes"; siehe hierzu auch *Jäger*, ZUM 2019, 477, 478 ff.

55 Vgl. auch *Gundel*, ZUM 2019, 131, 134: „nach dem Gedanken des Herkunftslandprinzips".

56 Vgl. EG 36 der AVMD-RL sowie *Gundel*, ZUM 2019, 121, 134.

Artikel 3 Freier Empfang

(1) Die Mitgliedstaaten gewährleisten den freien Empfang und behindern nicht die Weiterverbreitung von audiovisuellen Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet aus Gründen, die Bereiche betreffen, die durch diese Richtlinie koordiniert sind.

(2) Ein Mitgliedstaat kann vorübergehend von Absatz 1 dieses Artikels abweichen, wenn ein audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendiensteanbieter erbracht wird, der der Rechtshoheit eines anderen Mitgliedstaats unterworfen ist, in offensichtlicher, ernster und schwerwiegender Weise gegen Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a oder Artikel 6a Absatz 1 verstößt oder eine Beeinträchtigung oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr der Beeinträchtigung für die öffentliche Gesundheit darstellt.
Die Abweichung gemäß Unterabsatz 1 ist an die folgenden Bedingungen gebunden:
a) Der Mediendiensteanbieter hat während der vorangegangenen 12 Monate bereits mindestens zweimal eine oder mehrere der Handlungen gemäß Unterabsatz 1 begangen;
b) der betreffende Mitgliedstaat hat dem Mediendiensteanbieter, dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit dieser Anbieter unterworfen ist, und der Kommission schriftlich die behaupteten Verstöße sowie die verhältnismäßigen Maßnahmen mitgeteilt, die er bei einem erneuten Auftreten eines derartigen Verstoßes zu ergreifen beabsichtigt;
c) der betreffende Mitgliedstaat hat die Verteidigungsrechte des Mediendiensteanbieters gewahrt und diesem Anbieter insbesondere Gelegenheit gegeben, sich zu den behaupteten Verstößen zu äußern; und
d) Konsultationen mit dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit der Mediendiensteanbieter unterworfen ist, und der Kommission haben innerhalb eines Monats nach Eingang der in Buchstabe b genannten Mitteilung bei der Kommission zu keiner gütlichen Einigung geführt.

Innerhalb von drei Monaten, nachdem die Kommission die Mitteilung der von dem betreffenden Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen erhalten hat, und nachdem sie die ERGA aufgefordert hat, gemäß Artikel 30b Absatz 3 Buchstabe d eine Stellungnahme abzugeben, trifft die Kommission eine Entscheidung über die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Unionsrecht. Die Kommission hält den Kontaktausschuss ordnungsgemäß informiert. Entscheidet die Kommission, dass diese Maßnahmen nicht mit Unionsrecht vereinbar sind, fordert sie den betreffenden Mitgliedstaat auf, die beanstandeten Maßnahmen unverzüglich zu beenden.

(3) Verstößt ein audiovisueller Mediendienst, der von einem Mediendiensteanbieter erbracht wird, der der Rechtshoheit eines anderen Mitgliedstaats unterworfen ist, in offensichtlicher, ernster und schwerwiegender Weise gegen Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b oder stellt er eine Beeinträchtigung oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr der Beeinträchtigung für die öffentliche Sicherheit sowie für die Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen dar, kann ein Mitgliedstaat vorübergehend von Absatz 1 dieses Artikels abweichen.
Eine Abweichung gemäß Unterabsatz 1 ist an die folgenden Bedingungen gebunden:
b) Eine Handlung gemäß Unterabsatz 1 wurde während der vorangegangenen 12 Monate bereits mindestens einmal begangen;

und

c) der betreffende Mitgliedstaat hat dem Mediendiensteanbieter, dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit dieser Anbieter unterworfen ist, und der Kommission schriftlich den behaupteten Verstoß sowie die verhältnismäßigen Maßnahmen mitgeteilt, die er bei einem erneuten Auftreten eines derartigen Verstoßes zu ergreifen beabsichtigt.

Der betreffende Mitgliedstaat wahrt die Verteidigungsrechte des betreffenden Mediendiensteanbieters und gibt diesem Anbieter insbesondere Gelegenheit, sich zu den behaupteten Verstößen zu äußern.

Innerhalb von drei Monaten, nachdem die Kommission die Mitteilung der von dem betreffenden Mitgliedstaat getroffenen Maßnahmen erhalten hat, und nachdem sie ERGA aufgefordert hat, gemäß Artikel 30b Absatz 3 Buchstabe d eine Stellungnahme abzugeben, trifft die Kommission eine Entscheidung über die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Unionsrecht. Die Kommission hält den Kontaktausschuss ordnungsgemäß informiert. Entscheidet die Kommission, dass die Maßnahmen nicht mit Unionsrecht vereinbar sind, fordert sie den betreffenden Mitgliedstaat auf, die beanstandeten Maßnahmen unverzüglich zu beenden.

(4) Die Absätze 2 und 3 lassen die Anwendung entsprechender Verfahren, rechtlicher Abhilfemaßnahmen oder Sanktionen bezüglich der betreffenden Verstöße in dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit der Mediendiensteanbieter unterworfen ist, unberührt.

(5) Die Mitgliedstaaten können in dringenden Fällen spätestens einen Monat nach dem behaupteten Verstoß von den in Absatz 3 Buchstaben a und b festgelegten Bedingungen abweichen. In diesem Fall werden die getroffenen Maßnahmen schnellstmöglich und unter Angabe der Gründe, aus denen der Mitgliedstaat der Auffassung ist, dass es sich um einen dringenden Fall handelt, der Kommission und dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit der Mediendiensteanbieter unterworfen ist, mitgeteilt. Die Kommission prüft schnellstmöglich, ob die mitgeteilten Maßnahmen mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Gelangt sie zu dem Schluss, dass die Maßnahmen nicht mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so fordert sie den betreffenden Mitgliedstaat auf, diese Maßnahmen unverzüglich zu beenden.

(6) Fehlen der Kommission die zur Entscheidung gemäß Absatz 2 oder 3 notwendigen Informationen, fordert sie bei dem betreffenden Mitgliedstaat innerhalb eines Monats nach Eingang der Mitteilung alle für die Entscheidung notwendigen Informationen an. Die Frist für die Entscheidung durch die Kommission wird so lange ausgesetzt, bis dieser Mitgliedstaat die benötigten Informationen beigebracht hat. Die Fristaussetzung überschreitet in keinem Fall die Dauer von einem Monat.

(7) Die Mitgliedstaaten und die Kommission tauschen im Rahmen des Kontaktausschusses und ERGA in Bezug auf das in diesem Artikel festgelegte Verfahren regelmäßig Erfahrungen und bewährte Verfahren aus.

Das nach Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL statuierte grundsätzliche Verbot der Empfangsstaatregulierung für in anderen EU-Mitgliedstaaten niedergelassene Anbieter audiovisueller Mediendienste stellt gleichsam das Gegenstück zu

dem in Art. 2 Abs. 1 normierten Gebot dar, nachdem jeder Mitgliedstaat dafür „sorgt, dass alle audiovisuellen Mediendienste, die von seiner Rechtshoheit unterworfenen Mediendiensteanbietern übertragen werden, den Vorschriften des Rechtssystems entsprechen, die auf für die Allgemeinheit bestimmte audiovisuelle Mediendienste in diesem Mitgliedstaat anwendbar sind".[57]

b) Rechtshoheitszuweisung für Video-Sharing-Plattform-Anbieter (Art. 28a)

Darüber hinaus hält die AVMD-RL in Art. 28a besondere Rechtshoheitsbestimmungen für Video-Sharing-Plattform-Anbieter (VSP-Anbieter)[58] vor, die sich freilich systematisch ähnlich zu Art. 3 ECRL und zu Art. 3 AVMD-RL maßgeblich an dem Niederlassungsort des Anbieters in einem EU-Mitgliedstaat orientieren. Die hierauf in Art. 28b AVMD-RL vorgeschriebenen (gesetzgeberischen) Maßnahmen zur Anordnung von Schutzvorkehrungen werden national nur für nach Abs. 28a AVMD-RL jeweils ihrer Rechtshoheit unterliegenden VSP-Anbieter getroffen. In Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL wird ausdrücklich die Geltung des Herkunftslandprinzips einschließlich der Ausnahmen nach Art. 3 ECRL geregelt. Die Vorschrift des Art. 28a AVMD-RL hat den nachfolgenden Wortlaut:

Artikel 28a Rechtshoheit

(1) Für die Zwecke dieser Richtlinie unterliegt ein Video-Sharing-Plattform-Anbieter, der im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 der Richtlinie 2000/31/EG im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats niedergelassen ist, der Rechtshoheit dieses Mitgliedstaats.

57 Siehe auch *Buch/Assion* in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 51b RStV Rn. 20e ff.; ferner *Bornemann*, ZUM 2018, 401, 403.

58 Vgl. die Definition des Art. 1 Abs. 1 aa) AVMD-RL, wonach der Begriff „Video-Sharing-Plattform-Dienst" umfasst: „eine Dienstleistung im Sinne der Artikel 56 und 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder eines trennbaren Teils der Dienstleistung oder eine wesentliche Funktion der Dienstleistung darin besteht, Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Video-Sharing-Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze im Sinne des Artikels Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie 2002/21/EG zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen, und deren Organisation vom Video-Sharing-Plattform-Anbieter bestimmt wird, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen, insbesondere durch Anzeigen, Tagging und Festlegung der Abfolge".

(2) Ein Video-Sharing-Plattform-Anbieter, der nicht gemäß Absatz 1 im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats niedergelassen ist, gilt für die Zwecke dieser Richtlinie als im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats niedergelassen, wenn dieser Video-Sharing-Plattform-Anbieter
a) ein Mutterunternehmen oder ein Tochterunternehmen hat, das im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats niedergelassen ist, oder
b) Teil einer Gruppe ist und ein anderes Unternehmen dieser Gruppe im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats niedergelassen ist.
Für die Zwecke dieses Artikels bezeichnet der Ausdruck
a) „Mutterunternehmen" ein Unternehmen, das ein oder mehrere Tochterunternehmen kontrolliert;
b) „Tochterunternehmen" ein von einem Mutterunternehmen kontrolliertes Unternehmen, einschließlich jedes mittelbar kontrollierten Tochterunternehmens eines Mutterunternehmens;
c) „Gruppe" ein Mutterunternehmen, alle seine Tochterunternehmen und alle anderen mit ihnen wirtschaftlich und rechtlich verbundenen Unternehmen.

(3) Sind das Mutterunternehmen, das Tochterunternehmen oder die anderen Unternehmen der Gruppe jeweils in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassen, so gilt der Video-Sharing-Plattform-Anbieter für die Zwecke der Anwendung des Absatzes 2 als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem sein Mutterunternehmen niedergelassen ist, oder – mangels einer solchen Niederlassung – als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem sein Tochterunternehmen niedergelassen ist, oder – mangels einer solchen Niederlassung – als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem das andere Unternehmen der Gruppe niedergelassen ist.

(4) Gibt es mehrere Tochterunternehmen und ist jedes dieser Tochterunternehmen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen, so gilt der Video-Sharing-Plattform-Anbieter für die Zwecke der Anwendung des Absatzes 3 als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem eines der Tochterunternehmen zuerst seine Tätigkeit aufgenommen hat, sofern eine dauerhafte und tatsächliche Verbindung mit der Wirtschaft dieses Mitgliedstaats besteht.
Gibt es mehrere andere Unternehmen, die Teil der Gruppe sind und von denen jedes in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, so gilt der Video-Sharing-Plattform-Anbieter als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem eines dieser Unternehmen zuerst seine Tätigkeit aufgenommen hat, sofern eine dauerhafte und tatsächliche Verbindung mit der Wirtschaft dieses Mitgliedstaats besteht.

(5) Für die Zwecke dieser Richtlinie gelten Artikel 3 und die Artikel 12 bis 15 der Richtlinie 2000/31/EG für Video-Sharing-Plattform-Anbieter, die gemäß Absatz 2 dieses Artikels als im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats niedergelassen gelten.

(6) Die Mitgliedstaaten erstellen eine Liste der in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen oder als niedergelassen geltenden Video-Sharing-Plattform-Anbieter, halten sie auf dem neuesten Stand und geben an, auf welchen der in den Absätzen 1 bis 4 genannten Kriterien ihre Rechtshoheit beruht. Die Mitgliedstaaten übermitteln diese Liste sowie alle Aktualisierungen dieser Liste der Kommission.
Die Kommission stellt sicher, dass solche Listen in einer zentralen Datenbank bereitgestellt werden. Im Fall von Unstimmigkeiten zwischen den Listen wendet sich die

Kommission an die betreffenden Mitgliedstaaten, um eine Lösung zu finden. Die Kommission stellt sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden oder -stellen auf diese Datenbank zugreifen können. Die Kommission macht die Informationen in der Datenbank öffentlich zugänglich.

(7) Können sich die betreffenden Mitgliedstaaten bei der Anwendung dieses Artikels nicht darüber einigen, welcher Mitgliedstaat die Rechtshoheit ausübt, bringen sie diese Angelegenheit ohne unangemessene Verzögerung der Kommission zur Kenntnis. Die Kommission kann die ERGA auffordern, gemäß Artikel 13 Absatz 3 Buchstabe d zu der Angelegenheit Stellung zu nehmen. ERGA nimmt innerhalb von 15 Arbeitstagen nach der Anfrage der Kommission zu der Angelegenheit Stellung. Die Kommission hält den Kontaktausschuss ordnungsgemäß informiert.

c) (Missbräuchliche) Empfangslandausrichtung (Art. 4 Abs. 2 bis 5)

Als weitere[59] Durchbrechung des Sendestaatprinzips sieht Art. 4 Abs. 2 bis 5 AVMD-RL Regelungen zur Bekämpfung eines Missbrauchs durch gezielte Sitzverlagerungen des Anbieters vor. Diese sehen strenge Gebote der Konsultation und Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten (jeweils betroffener Sende- und Empfangsstaat) unter Beteiligung der EU-Kommission vor. Die Vorschriften haben den nachfolgend wiedergegebenen Wortlaut:

(2) Wenn ein Mitgliedstaat
  a) sein Recht nach Absatz 1 in Anspruch genommen hat, um im öffentlichen Interesse liegende ausführlichere oder strengere Bestimmungen zu erlassen, und
  b) zu dem Schluss gelangt, dass ein der Rechtshoheit eines anderen Mitgliedstaats unterworfener Mediendiensteanbieter einen audiovisuellen Mediendienst erbringt, der ganz oder vorwiegend auf sein Hoheitsgebiet ausgerichtet ist,

kann er den Mitgliedstaat, der die Rechtshoheit innehat, ersuchen, sich aller in Bezug auf diesen Absatz festgestellten Schwierigkeiten anzunehmen. Beide Mitgliedstaaten arbeiten ernsthaft und zügig zusammen, um zu einer beiderseits zufriedenstellenden Lösung zu gelangen.

Bei Eingang eines begründeten Ersuchens gemäß Unterabsatz 1 fordert der Mitgliedstaat, der die Rechtshoheit innehat, den Mediendiensteanbieter zur Einhaltung der betreffenden im öffentlichen Interesse liegenden Bestimmungen auf. Der Mitgliedstaat, der die Rechtshoheit innehat, unterrichtet den ersuchenden Mitgliedstaat regelmäßig darüber, welche Schritte unternommen wurden, um sich der festgestellten

59 Vgl. Art. 3 Abs. 2 bis 5 AVMD-RL.

Schwierigkeiten anzunehmen. Der Mitgliedstaat, der die Rechtshoheit innehat, unterrichtet den ersuchenden Mitgliedstaat und die Kommission binnen zwei Monaten ab Eingang des Ersuchens darüber, welche Ergebnisse erzielt wurden, und erläutert, falls keine Lösung gefunden werden konnte, die Gründe dafür.
Jeder der beiden Mitgliedstaaten kann den Kontaktausschuss jederzeit um Prüfung des Falles ersuchen.

(3) Der betreffende Mitgliedstaat kann gegen den betreffenden Mediendiensteanbieter angemessene Maßnahmen ergreifen, wenn er
   a) zu dem Schluss gelangt, dass die durch Anwendung des Absatzes 2 erzielten Ergebnisse nicht zufriedenstellend sind, und
   b) Belege dafür vorgelegt hat, dass der betreffende Mediendiensteanbieter sich in dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit er unterworfen ist, niedergelassen hat, um die in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen geltenden strengeren Bestimmungen zu umgehen, denen er im Falle der Niederlassung im betreffenden Mitgliedstaat unterliegen würde; anhand der Belege muss eine solche Umgehung nach vernünftigem Ermessen feststellbar sein, wobei ein Nachweis der Absicht des Mediendiensteanbieters, diese strengeren Bestimmungen zu umgehen, nicht erforderlich ist.

   Diese Maßnahmen müssen objektiv notwendig sein, auf nichtdiskriminierende Weise angewandt werden sowie bezüglich der damit verfolgten Ziele verhältnismäßig sein.

(4) Ein Mitgliedstaat darf Maßnahmen gemäß Absatz 3 nur ergreifen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:
   a) Er hat der Kommission und dem Mitgliedstaat, in dem der Mediendiensteanbieter niedergelassen ist, seine Absicht mitgeteilt, derartige Maßnahmen zu ergreifen, und die Gründe dargelegt, auf die sich seine Beurteilung stützt;
   b) er hat die Verteidigungsrechte des betreffenden Mediendiensteanbieters gewahrt und diesem Mediendiensteanbieter insbesondere Gelegenheit gegeben, sich zu der behaupteten Umgehung und zu den vom mitteilenden Mitgliedstaat beabsichtigten Maßnahmen zu äußern; und
   c) die Kommission hat, nachdem sie bei der ERGA eine Stellungnahme gemäß Artikel EWG_RL_2010_13 Artikel 30b Absatz EWG_RL_2010_13 Artikel 30B Absatz 3 Buchstabe d angefordert hat, entschieden, dass die Maßnahmen mit dem Unionsrecht vereinbar sind und dass insbesondere die Beurteilungen des Mitgliedstaats, der die Maßnahmen nach den Absätzen 2 und 3 dieses Artikels trifft, zutreffend begründet sind; die Kommission hält den Kontaktausschuss ordnungsgemäß informiert.

(5) Innerhalb von drei Monaten, nachdem die Kommission die in Absatz 4 Buchstabe a genannte Mitteilung erhalten hat, trifft die Kommission die Entscheidung über die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem Unionsrecht. 2Entscheidet die Kommission, dass die Maßnahmen nicht mit Unionsrecht vereinbar sind, so fordert sie den betreffenden Mitgliedstaat auf, die beabsichtigten Maßnahmen nicht zu ergreifen.

d) Anwendungsabgrenzung zur ECRL (Art. 4 Abs. 7)

Konkurrenzregelungen vor allem mit Blick auf das nach Art. 3 ECRL geregelte Herkunftslandprinzip sowie das nach Art. 3 AVMD-RL geregelte Sendestaatprinzip finden sich in Art. 4 Abs. 7 AVMD-RL. Nach dessen Satz 1 findet zunächst die ECRL Anwendung, soweit in der AVMD-RL „nichts anderes vorgesehen ist". Dies betrifft insbesondere den Fall, in dem keine Anwendungskollision gegeben ist. Dies bedeutet etwa, dass für Dienste der Informationsgesellschaft, die keine audiovisuellen Mediendienste i.S.d. Art. 1 Abs. 1 a) i) AVMD-RL darstellen (z. B. Webseiten ohne festgelegten Programmkatalog), nur die Vorschriften des Herkunftslandprinzips des Art. 3 ECRL gelten.

Im Falle einer Kollision von Vorschriften der ECRL einerseits und der AVMD-RL andererseits regelt Art. 4 Abs. 7 Satz 2 AVMD-RL, dass die AVMD-RL „maßgeblich" ist, sofern in den dortigen Bestimmungen nichts anderes vorgesehen ist". Dies bedeutet insbesondere, dass für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf i.S.d. Art. 1 Abs. 1 g) AVMD-RL, die zugleich Dienste der Informationsgesellschaft i.S.d. Art. 2 a) ECRL sind, die Regelungen des Sendestaatprinzips nach Art. 2 und 3 der AVMD-RL maßgeblich sind und Art. 3 ECRL insoweit nicht anwendbar ist.

Für Video-Sharing-Plattform-Dienste i.S.d. Art. 1 aa) AVMD-RL gilt jedoch aufgrund der speziellen Anwendungsbestimmung des Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 ECRL.

Damit ergibt sich nach Art. 4 Abs. 7 AVMD-RL für die dienstebezogene Anwendung des Herkunftsland- bzw. Sendestaatprinzips für Telemedien nach ECRL und AVMD-RL folgende Differenzierung:

Audiovisuelle Mediendienste auf Abruf	Video-Sharing-Plattform-Dienste	(Sonstige) Dienste der Informationsgesellschaft
Art. 3 u. 4 AVMD-RL	Art. 3 ECRL	Art. 3 ECRL

2. Einschlägige Erwägungsgründe

Aus dem in Erwägungsgrund (EG) 4 ausgeführten Binnenmarkt-Regulierungsziel[60] der „Rechtssicherheit für die Informationstechnologien sowie die Unternehmen und Dienste im Bereich der Medien in Europa“ erschließt sich zunächst der vornehmliche Zweck des Herkunftslandprinzips. Konkreter ergibt sich das ausdrückliche Bekenntnis des EU-Gesetzgebers zum Herkunftslandprinzip als „unverzichtbarer Kernbestandteil“ auch im Bereich der audiovisuellen Mediendienste dann insbesondere aus EG 33.[61]

Im Anschluss wird in den Erwägungsgrund 34 und 35 die aus dem Regulierungsziel der „Förderung einer starken, wettbewerbsfähigen und integrierten europäischen audiovisuellen Industrie“ heraus der in Art. 3 AVMD-RL niedergelegte Grundsatz nochmals als „grundlegendes Prinzip der Union“ ausgeführt, dass nur „ein Mitgliedstaat für einen Anbieter audiovisueller Mediendienste zuständig sein“ sollte.[62] Strengere und ausführlichere nationale Regelungen sind zwar möglich, aber auch nur für die jeweils „ihrer Rechtshoheit unterliegenden Mediendiensteanbieter“, also nur für solche, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat niedergelassen sind.[63]

---

60 Vgl. zur Qualifizierung der AVMD-RL als klassische Binnenmarktrichtlinie: *Gundel*, ZUM 2019, 131, 134.

61 Vgl. EG 33: „Das Herkunftslandprinzip sollte als Kernbestandteil dieser Richtlinie angesehen werden, da es für die Schaffung des Binnenmarkts unverzichtbar ist. Dieses Prinzip sollte für alle audiovisuellen Mediendienste gelten, um für die Mediendiensteanbieter die zur Entwicklung neuer Geschäftsmodelle und zur Einführung dieser Dienste erforderliche Rechtssicherheit zu schaffen. Es ist außerdem die Voraussetzung für den freien Informationsfluss und den freien Verkehr audiovisueller Programme innerhalb des Binnenmarkts“.

62 Siehe im Weiteren in EG 35: „Mit der Festlegung einer Reihe praxisbezogener Kriterien soll erschöpfend geregelt werden, dass nur ein bestimmter Mitgliedstaat für einen Mediendiensteanbieter im Zusammenhang mit der Erbringung der unter diese Richtlinie fallenden Dienstleistungen zuständig ist“.

63 Vgl. EG 41. Siehe auch die dortigen Ausführungen zur Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in Situationen, in denen ein der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats unterworfener Fernsehveranstalter Fernsehsendungen erbringt, die ganz oder größtenteils auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausgerichtet sind; unter Verweis insbesondere auf EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 21.

Insoweit wird in EG 35 und 36 entsprechend Art. 3 AVMD-RL erläutert und bekräftigt, dass allein der nach dem Kriterium der Niederlassung[64] zu bestimmenden Sendestaat die Einhaltung des durch diese Richtlinie koordinierten nationalen Rechts sicherzustellen hat und dies als ausreichend nach dem Unionsrecht angesehen wird, „um den freien Verkehr von Fernsehsendungen zu gewährleisten, ohne dass eine zweite Kontrolle aus den gleichen Gründen in jedem der Empfangsstaaten stattfinden muss".[65] Insoweit wird gemäß Erwägungsgrund 40 auch entsprechend der ständigen EuGH-Rechtsprechung als unerheblich angesehen, ob der Anbieter auch im Sendeland Dienste empfangbar verbreitet oder nur in anderen EU-Mitgliedstaaten.[66]

Die ausnahmsweise Durchbrechung des Sendestaatprinzips durch Maßnahmen des Empfangsstaats ist entsprechend Art. 3 Abs. 2 S. 1 AVMD-RL nur „vorübergehend" möglich, wobei Erwägungsgrund 37 hinsichtlich möglicher Ausnahmen ausdrücklich auf die entsprechenden Bedingungen und Voraussetzungen des Art. 3 ECRL verweist.[67] Erwägungsgrund 43 bekräftigt in diesem Kontext nochmals, dass unbeschadet des Herkunftslandprinzips die AVMDL den Mitgliedstaaten die Ergreifung von Maßnahmen, die eine Einschränkung der freien Erbringung von Fernsehdiensten bedeuten, „nur nach den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen und Verfahren" erlaubt. Darüber hinaus berücksichtigt Erwägungsgrund 42 die bereits von dem EuGH[68] entschiedene Sonderkonstellation, in der ein der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats unter-

64 Vgl. EG 35: „Niederlassungskriterium im Sinne der Artikel 49 bis 55 [AEUV] als entscheidendes Kriterium zur Bestimmung der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats".

65 Vgl. EG 36.

66 EG 40: „In den Artikeln AEUV Artikel 49 bis AEUV Artikel 55 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union ist das grundlegende Recht der Niederlassungsfreiheit verankert. Daher sollten die Mediendiensteanbieter im Allgemeinen frei wählen können, in welchem Mitgliedstaat sie sich niederlassen wollen. Der Gerichtshof hat auch hervorgehoben: „Der Vertrag verbietet es einem Unternehmen, das keine Dienste in dem Mitgliedstaat anbietet, in dem es ansässig ist, nämlich nicht, die Dienstleistungsfreiheit auszuüben"" unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 5. 6. 1997 – C-56/96, Slg. 1997, I-3143, Abs. 22; EuGH, Urt. v. 9. 3. 1999 – C-212/97, Slg. 1999, I-1459 sowie EuGH, Urt. v. 10. 9. 1996 – C-11/95, Slg. 1996, I-4115 und EuGH, Urt. v. 29. 5. 1997 – C-14/96, Slg. 1997, I-2785.

67 EG 37: „Beschränkungen der freien Erbringung audiovisueller Mediendienste auf Abruf sollten nur gemäß Bedingungen und Verfahren möglich sein, die den bereits durch Artikel 3 Absatz 4, 5 und 6 der Richtlinie 2000/31/EG festgelegten Bedingungen und Verfahren entsprechen".

68 Vgl. insbesondere EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 21; aber auch EuGH, Urt. v. 9. 7. 1997 – C-34/95, C-35/95, C-36/95.

worfener Fernsehveranstalter Fernsehsendungen erbringt, die ganz oder größtenteils auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausgerichtet sind. EG 42 verdeutlich insoweit, dass die Prüfung des Vorliegens einer solchen Konstellation stets eine „einzelfallbezogene Beurteilung“ erfordert, wobei Indikatoren wie die „Herkunft der Fernsehwerbe- und/oder Abonnementeinnahmen, die Hauptsprache des Dienstes oder das Vorhandensein von Sendungen oder kommerzieller Kommunikation, die sich spezifisch an die Öffentlichkeit des Empfängerstaats richten“ herangezogen werden können.

3. Auslegungsgrundsätze

a) Rechtsprechung des EuGH

Soweit ersichtlich, haben sich bislang weder der EuGH noch nationale Gerichte mit der AVMD-RL im Kontext der Bestimmungen der Art. 3 und 28a auseinandergesetzt. Freilich sind die Grundsätze die EuGH-Rechtsprechung, welche insbesondere im Zusammenhang mit der Fernsehrichtlinie,[69] dem Sendestaatprinzip und der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs bei der länderübergreifenden Verbreitung von Fernsehprogrammen entwickelt worden sind,[70] weiterhin heranzuziehen, da die AVMD-RL keine Abkehr von den bisherigen Grundsätzen mit sich gebracht hat.[71]

Der EuGH hat in Bezug auf das Sendestaatprinzip der Fernsehrichtlinie indes mehrfach darauf hingewiesen, dass die Überprüfung der Anwendung des für Fernsehsendungen geltenden Rechts des Sendemitgliedstaats und der Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie „ausschließlich dem Mitgliedstaat obliegt, in dem die Sendungen ihren Ursprung haben“, und dass „der Empfangsmitgliedstaat nicht befugt ist, eine eigene Kontrolle aus Gründen auszuüben, die die durch die Richtlinie koordinierten Bereiche betreffen“.[72]

69 RL 89/552/EWG des Rates v. 3. 10. 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. EG 1989 L 298/23.

70 Vgl. insbesondere EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795.

71 Siehe auch *Gundel*, ZUM 2019, 131 ff.

72 EuGH, Urt. v. 22. 9. 2011 – C-244/10 und C-245/10, Abs. 35, GRURInt 2012, 53, 56 unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 10. 9. 1996 – C-11/95, Slg. 1996, 4115, Abs. 34.

Die als Durchbrechung des Sendestaatprinzips anzusehende Missbrauchs-Rechtsprechung des EuGH gilt grundsätzlich fort.[73] Allerdings ergeben sich folgende Einschränkungen:

- Der EuGH hat die Durchbrechung des Sendestaatprinzips deutlich auf Missbrauchsfälle beschränkt, in denen die Niederlassung nur erfolgt ist, „um es dieser Anstalt zu ermöglichen, sich den Regelungen zu entziehen, die auf sie anwendbar wären, wenn sie im Gebiet des ersten Staates niedergelassen wäre".[74] Hiervon nicht umfasst ist eine faktische Aushöhlung des Sendestaatprinzips durch eine über den Missbrauchseinzelfall hinausgehende abstrakt-generelle Unterwerfung EU-ausländischer Anbieter unter Empfangslandbestimmungen allein mit der Begründung, die Angebotsinhalte seien (auch) auf das Empfangsland gerichtet. Denn andernfalls würden die engen Ausnahmen für vorübergehend abweichende Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 3 und 4 AVMD-RL auf der Grundlage bloßer EInzelfallverstöße unterminiert.
- Vor diesem Hintergrund regelt gerade Art. 4 Abs. 2 bis 5 AVMD-RL sehr enge Voraussetzungen, im Rahmen derer Empfangsstaaten überhaupt in einem Missbrauchsfall Maßnahmen gegen einen in einem anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassenen Mediendiensteanbieter ergreifen dürfen. Diese sind zwingend zu beachten und können auch nicht durch etwaige Rechtsprechung des EuGH, die vor Erlass der Konkretisierungen der AVMD-RL ergangen ist, unterminiert werden.

b) Beschluss der EU-Kommission vom 31. 1. 2018

Die EU-Kommission hat sich bereits mit der Anwendung der engen Ausnahmen der Durchbrechung des Sendestaatprinzips nach Art. 4 Abs. 5 AVMD-RL anlässlich aufsichtsbehördlicher Verbote von Alkoholwerbung schwedischer Behörden gegenüber zwei britischen Sendern befasst.[75] In dem Beschluss

73 EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 21.

74 EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 26.

75 Beschl. der EU-Kommission vom 31. 1. 2018 über die Unvereinbarkeit der vom Königreich Schweden mitgeteilten Maßnahmen gemäß Artikel 4 Absatz 5 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und

vom 31. 1. 2018 werden die hohen Anforderungen hinsichtlich eines Missbrauchsnachweises in dem Sinne betont, dass die Niederlassung gerade „zum Zwecke der Umgehung strengerer Bestimmungen im mitteilenden Mitgliedstaat“ erfolgt sind.

Überdies stellt die EU-Kommission fest, dass der Mitgliedstaat, der die Anwendung von Art. 4 Abs. 4 AVMD-RL geltend macht, „beweisen muss, dass sich die betreffenden Fernsehveranstalter im Vereinigten Königreich niedergelassen haben, um die strengeren schwedischen Bestimmungen zu umgehen“. Umgekehrt „sollten die Fernsehveranstalter nicht verpflichtet sein, ihre Wahl eines anderen Mitgliedstaats zur Niederlassung zu begründen, zumindest in Ermangelung anderer zwingender Hinweise auf eine solche Umgehung ihrerseits“.[76] Nur allgemeine oder ungenaue Argumente des sich auf die Ausnahme des Art. 4 Abs. 4 AVMD-RL berufenden Mitgliedstaats können nach dem Beschluss der EU-Kommission nicht als Beweis herangezogen werden.[77]

c) Rechtsliteratur

In der Rechtsliteratur wird die grundsätzliche Verankerung[78] des Sendestaatprinzips als Kernstück der AVMD-Richtlinie angesehen, wobei teilweise eine systematische Differenzierung nach zwei zentralen Aussagen erfolgt, namentlich dem „Gebot der Erstregulierung im Sendestaat“ (Art. 2 AVMD-RL) und dem „Verbot der Zweitregulierung im Empfangsstaat“.[79] Unzulässig wäre hiernach im Lichte der EuGH-Rechtsprechung insbesondere, die Anbieter ausländischer audiovisueller Mediendienste im Empfangsstaat unter eine „vorherige Kontrolle“ i.S.d. Vorbehalts eines zweiten Zulassungsverfahrens zu stellen.[80] Auch Beanstandungen des Programminhalts seien unzulässig, soweit

Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste; KOM(2018) 532 final v. 31. 1. 2018.

76 KOM(2018) 532 final v. 31. 1. 2018, Abs. 24.

77 Vgl. KOM(2018) 532 final v. 31. 1. 2018, Abs. 26.

78 Vgl. *Gundel*, ZUM 2019, 131, 134.

79 Vgl. *Buch/Assion* in: Binder/Vesting, Beck’scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 51b Rn. 20e ff.

80 *Buch/Assion*in: Binder/Vesting, Beck’scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 51b Rn. 20 m unter Verweis auf EuGH, Urt. vom 22. 9. 2011 – Rs. C-244/10 und C–245/10, Rn. 37.

dies aus Gründen erfolgt, die in der AVMD-RL koordiniert sind, wobei der „Jugendschutz“ ausdrücklich beispielhaft genannt wird.[81] Die AVMD-Richtlinie erkläre die Empfangsstaaten hiernach in koordinierten Bereichen für „nicht zuständig“ und untersage ihnen somit, bestimmte eigene Rechtsnormen auf ausländische Mediendiensteanbieter anzuwenden.[82]

4. Rechtsmethodische Auslegung

a) Geltungsbereich / Rechtshoheitserstreckung

aa) Wortlautauslegung

Aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL ergibt sich der allgemeine Grundsatz der Gewährleistung des „freien Empfangs“, das mit Verbot der Behinderung der Weiterverbreitung von audiovisuellen Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten verbunden wird. Aufgrund der weiten Fassung der Weiterverbreitungs-„Behinderung“ werden von dem Verbot nicht nur Maßnahmen erfasst, welche unmittelbar ein umfassendes Distributionsverbot bedeuten, sondern auch solche Regelungen, welche durch Restriktionen die Zugänglichmachung des audiovisuellen Mediendienstes nur erschweren oder an Bedingungen der Zulassung oder der Erfüllung besonderer Pflichten knüpfen.

Gestützt wird diese Auslegung mittelbar auch aus dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 AVMD-RL.[83] Soweit namentlich jeder Mitgliedstaat dafür Sorge trägt, dass „alle audiovisuellen Mediendienste, die von seiner Rechtshoheit unterworfenen Mediendiensteanbietern übertragen werden, den Vorschriften des Rechtssystems entsprechen, die auf für die Allgemeinheit bestimmte audiovisuelle Mediendienste in diesem Mitgliedstaat anwendbar sind“, bedarf es grundsätzlich keiner weiteren Beschränkungen und Maßnahmen anderer EU-(Empfangs-)Mitgliedstaaten. Diese können und sollen sich daher nach Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL grundsätzlich – abgesehen von Missbrauchs- und Verstoß-Einzelfällen – auf die Gewährleistung des freien Empfangs beschränken.

81 *Buch/Assion*in: Binder/Vesting, Beck’scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 51b Rn. 20 m unter Verweis auf *EuGH*, Urt. vom 9. 7. 1997 – Rs. C-34/95 bis C-36/95, Rn. 60 f.

82 Vgl. *Buch/Assion* in: Binder/Vesting, Beck’scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 51b Rn. 20j unter Verweis auf *Sack*, WRP 2015, 1417, 1421.

83 Siehe auch Art. 4 Abs. 6 AVMD-RL.

Bestätigt wird diese Wortlautauslegung auch aus den Erwägungsgründen 35 und 36, wonach allein der nach dem Kriterium der Niederlassung[84] zu bestimmende Sendestaat die Einhaltung des durch diese Richtlinie koordinierten nationalen Rechts sicherzustellen hat und dies als ausreichend nach dem Unionsrecht angesehen wird, „um den freien Verkehr von Fernsehsendungen zu gewährleisten, ohne dass eine zweite Kontrolle aus den gleichen Gründen in jedem der Empfangsstaaten stattfinden muss“.[85]

Auch aus den Spezialregelungen für Video-Sharing-Plattform-Anbieter ergeben sich keine von einer strengen Herkunftslandanknüpfung abweichenden Anhaltspunkte aus dem Wortlaut der Art. 28a und 28b AVMD-RL. Insbesondere ist klarer Anknüpfungspunkt für die jeweilige Rechtshoheit eines einzelnen EU-Mitgliedstaates nach Art. 28a Abs. 1 der nach Abs. 2 bis 4 zu bestimmende Niederlassungsort. Auch die Umsetzung von Schutzmaßnahmen in Art. 28b AVMD-RL knüpft hinsichtlich der Anwendbarkeit des Sachrechts an die Rechtshoheitsunterworfenheit und mithin den Niederlassungsort an. Hieraus ergibt sich, dass nationalstaatliche Umsetzungen von Schutzmaßnahmen einzelner EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich nur für die jeweils in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter Anwendung finden. Das Herkunftslandprinzip und die engen Möglichkeiten von Ausnahmen ergeben sich hier freilich aufgrund der Verweisung in Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL auf Art. 3 ECRL. Auf die obige Auslegung zum Herkunftslandprinzip nach Art. 3 ECRL wird insoweit verwiesen.[86]

bb) Teleologische Auslegung

Auch eine an dem Normzweck ausgerichtete Auslegung stützt die Annahme, dass mit dem Sendestaatprinzip des Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL ein strikter und weitreichender Grundsatz des Verbots von strengeren und divergierenden Empfangsstaat-Regelungen anderer Mitgliedstaaten als dem Sitzland einhergehen soll. Denn nur derart kann das in Erwägungsgrund (EG) 4 ausgeführte Binnenmarkt-Regulierungsziel[87] der „Rechtssicherheit für die Informationstechnologien sowie die Unternehmen und Dienste im Bereich der Medien in

84 Vgl. EG 35: „Niederlassungskriterium im Sinne der Artikel 49 bis 55 [AEUV] als entscheidendes Kriterium zur Bestimmung der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats“.

85 Vgl. EG 36.

86 Siehe hierzu oben Punkt II.

87 Vgl. zur Qualifizierung der AVMD-RL als klassische Binnenmarktrichtlinie: *Gundel*, ZUM 2019, 131, 134.

Europa“ erreicht werden, da andernfalls aufgrund einer Vielzahl divergierender Empfangsstaat-Regelungen und Maßnahmen eine rechtssichere Verbreitung durch Anbieter im EU-Raum ohne Haftungsrisiken gerade nicht gewährleistet wäre.

Auch das in den Erwägungsgründen 34 und 35 formulierte Regulierungsziel der „Förderung einer starken, wettbewerbsfähigen und integrierten europäischen audiovisuellen Industrie“ wird nur dann erreicht, wenn nur „ein Mitgliedstaat für einen Anbieter audiovisueller Mediendienste zuständig“ ist.[88] Strengere und ausführlichere nationale Regelungen sollen daher nur möglich sein für die jeweils „ihrer Rechtshoheit unterliegenden Mediendiensteanbieter“, also nur für solche, die in dem jeweiligen Mitgliedstaat niedergelassen sind.[89]

cc) Rechtssystematische Auslegung

Auch eine rechtssystematische Betrachtung stützt die Annahme eines strengen und grundsätzlich weitreichenden Verbots für Maßnahmen von EU-Empfangsstaaten im koordinierten Bereich gegen Diensteanbieter aus anderen EU-(Sende-)Staaten. Hierfür sprechen zunächst die sehr strengen und an zahlreiche Bedingungen geknüpften Ausnahmen einer Durchbrechung des Sendestaatprinzips in Art. 3 Abs. 2 und 3 AVMD-RL, welche zudem nur auf der Grundlage festgestellter Einzelfallverstöße erfüllt sind. Und auch aus Art. 4 Abs. 2 bis 5 AVMD-RL ergibt sich, dass die Anwendung strengerer Empfangsland-Bestimmungen auf Diensteanbieter in anderen EU-Mitgliedstaaten nur in sehr engen Ausnahmefällen unter Beachtung weitreichender Konsulationspflichten möglich ist und insbesondere die EU-Kommission nach ihrer zwingenden Unterrichtung über die Vereinbarkeit ergriffener Maßnahmen mit dem Unionsrecht zu entscheiden hat.[90]

88 Siehe im Weiteren in EG 35: „Mit der Festlegung einer Reihe praxisbezogener Kriterien soll erschöpfend geregelt werden, dass nur ein bestimmter Mitgliedstaat für einen Mediendiensteanbieter im Zusammenhang mit der Erbringung der unter diese Richtlinie fallenden Dienstleistungen zuständig ist“.

89 Vgl. EG 41. Siehe auch die dortigen Ausführungen zur Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in Situationen, in denen ein der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats unterworfener Fernsehveranstalter Fernsehsendungen erbringt, die ganz oder größtenteils auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausgerichtet sind; unter Verweis insbesondere auf EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 21.

90 Art. 3 Abs. 5 S. 2 AVMD-RL.

Überdies ergibt sich – wie bereits dargelegt – aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 6 AVMD-RL, dass der EU-Gesetzgeber als hinreichend für die Gewährleistung der Einhaltung der Rechtsbestimmungen im koordinierten Bereich angesehen hat, dass lediglich der Sendestaat für ein rechtskonformes Handeln der in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter sorgt, hingegen nicht andere EU-(Empfangs-)Staaten.

b) Ausnahmen für (Einzelfall-)Maßnahmen

aa) Wortlautauslegung

Aus dem Wortlaut der Vorschriften zur Durchbrechung des Sendestaatprinzips, insbesondere in Art. 3 Abs. 2 u. 3, Art. 4 Abs. 2 bis 5 AVMD-RL ergibt sich, dass Ausnahmen vom Grundsatz der Gewährleistung freien Empfangs zugunsten nationaler Empfangsstaat-Maßnahmen nur in engen Grenzen und unter Beachtung von Konsulations- und Unterrichtungspflichten gegenüber der EU-Kommission und betroffenen EU-Sendestaaten möglich sind. Überdies ergibt sich als Bedingung für Empfangsstaat-Maßnahmen eine Einzelfallbezogenheit, welche etwa an bereits vorliegende konkrete Verstöße gegen inhaltliche Bestimmungen der AVMD-RL[91] oder im Missbrauchsfall dem Nachweis einer gezielten Umgehung von Empfangsstaatvorschriften durch Wahl der Niederlassungsortes geknüpft sind.[92]

Mit dem Wortlaut der Ausnahmen und Durchbrechungen des Sendestaatprinzips nicht zu vereinbaren sind nationalstaatliche Geltungsbereichsregelungen für Empfangsstaat-Bestimmungen im koordinierten Bereich, welche

91 Vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 2a): „Der Mediendiensteanbieter hat während der vorangegangenen 12 Monate bereits mindestens zweimal eine oder mehrere der Handlungen gemäß Unterabsatz 1 begangen“ und Art. 3 Abs. 3 S. 2 a): „Eine Handlung gemäß Unterabsatz 1 wurde während der vorangegangenen 12 Monate bereits mindestens einmal begangen“.

92 Vgl. Art. 4 Abs. 3 S. 1 b) AVMD-RL: „Der betreffende Mitgliedstaat kann gegen den betreffenden Mediendiensteanbieter angemessene Maßnahmen ergreifen, wenn er (...) Belege dafür vorgelegt hat, dass der betreffende Mediendiensteanbieter sich in dem Mitgliedstaat, dessen Rechtshoheit er unterworfen ist, niedergelassen hat, um die in den von dieser Richtlinie koordinierten Bereichen geltenden strengeren Bestimmungen zu umgehen, denen er im Falle der Niederlassung im betreffenden Mitgliedstaat unterliegen würde; anhand der Belege muss eine solche Umgehung nach vernünftigem Ermessen feststellbar sein, wobei ein Nachweis der Absicht des Mediendiensteanbieters, diese strengeren Bestimmungen zu umgehen, nicht erforderlich ist“; siehe hierzu auch oben Punkt III.3.b).

diese generell auch auf Anbieter audiovisueller Mediendienste mit Niederlassung in anderen EU-Mitgliedstaaten Anwendung finden lassen wollen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 1 b) AVMD-RL, soweit hiernach ein Mitgliedstaats „zu dem Schluss gelangt, dass ein der Rechtshoheit eines anderen Mitgliedstaats unterworfener Mediendiensteanbieter einen audiovisuellen Mediendienst erbringt, der ganz oder vorwiegend auf sein Hoheitsgebiet ausgerichtet ist". Denn diese Vorschrift begründet noch keine Ausnahme vom Sendestaatprinzip zugunsten strengerer und ausführlicher Empfangsstaat-Regelungen, die dann auch für Diensteanbieter in anderen EU-Mitgliedstaaten gelten können. Vielmehr regelt Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 1 b) AVMD-RL nur eine Voraussetzung, bei deren Vorliegen ein Empfangsstaat den Mitgliedstaat, der die Rechtshoheit innehat, „ersuchen" kann, „sich aller in Bezug auf diesen Absatz festgestellten Schwierigkeiten anzunehmen" mit Blick auf eine Zusammenarbeit und einen Konfliktausgleich zwischen den Staaten nach Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 2 AVMD-RL.[93] Hierdurch wird also nicht die Erstreckung strengerer oder ausführlicher Empfangsstaatregelungen auf Diensteanbieter mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten legitimiert.

Vielmehr erfolgt erst und lediglich in Art. 3 Abs. 3 AVMD-RL eine Regelung strenger Voraussetzungen, bei deren Vorliegen ein Empfangsstaat ausnahmsweise Maßnahmen aufgrund seiner strengeren und ausführlicheren Bestimmungen gegen Anbieter mit Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat ergreifen kann. Diese erfordern zunächst eine Durchführung und ein Scheitern der eben beschriebenen Konsultation und Zusammenarbeit mit dem Sitzland-Staat.[94] Darüber hinaus bedarf es des bereits beschriebenen Belegs eines Missbrauchs im Sinne einer gezielten Sitzlandwahl zur Umgehung strengerer Vorschriften im Empfangsstaat.[95]

bb) Teleologische Auslegung

Eine Auslegung anhand des Normzwecks des Sendestaatprinzips nach Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL spricht zunächst für eine enge und an den Gesetzeswortlaut

---

93 Vgl. Art. 4 Abs. 2 UA 1 S. 2 AVMD-RL: „Beide Mitgliedstaaten arbeiten ernsthaft und zügig zusammen, um zu einer beiderseits zufriedenstellenden Lösung zu gelangen".

94 Vgl. Art. 3 Abs. 3 UA 1 a) AVMD-RL, wo freilich im Wortlaut die Schlussfolgerung des Empfangsstaat vorausgesetzt wird, „dass die durch Anwendung des Absatzes 2 erzielten Ergebnisse nicht zufriedenstellend sind".

95 Vgl. Art. 4 Abs. 3 S. 1 b) AVMD-RL sowie zu den von der EU-Kommission geforderten strengen Anforderungen des Nachweises oben Punkt III.3.b).

gebundene Beachtung der strengen Voraussetzungen einer Ausnahme nach Art. 3 Abs. 2 u. 3, Art. 4 Abs. 2 bis 5 AVMD-RL. Denn andernfalls könnte sowohl das Regelungsziel der „Rechtssicherheit für die Informationstechnologien sowie die Unternehmen und Dienste im Bereich der Medien in Europa“[96] als auch die in den Erwägungsgründen 34 und 35 formulierte Intention der „Förderung einer starken, wettbewerbsfähigen und integrierten europäischen audiovisuellen Industrie“ als gefährdet angesehen werden, soweit sich Anbieter audiovisueller Mediendienste über die Bestimmungen ihres Sitzlandes hinaus einer Vielzahl weiterer divergierender und strengerer nationalstaatlicher Regelungen gegenübersähen, aus denen jeweils Restriktionen und Maßnahmen erwachsen und eine die Haftung begründen könnten.

Erwägungsgrund 43 bekräftigt in diesem Kontext nochmals, dass unbeschadet des Herkunftslandprinzips die AVMD-RL den Mitgliedstaaten die Ergreifung von Maßnahmen, die eine Einschränkung der freien Erbringung von Fernsehdiensten bedeuten, „nur nach den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen und Verfahren“ erlaubt. Darüber hinaus berücksichtigt Erwägungsgrund 42 die bereits von dem EuGH[97] entschiedene Sonderkonstellation, in der ein der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats unterworfener Fernsehveranstalter Fernsehsendungen erbringt, die ganz oder größtenteils auf das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats ausgerichtet sind. EG 42 verdeutlich insoweit, dass die Prüfung des Vorliegens einer solchen Konstellation stets eine „einzelfallbezogene Beurteilung“ erfordert, wobei Indikatoren wie die „Herkunft der Fernsehwerbe- und/oder Abonnementeinnahmen, die Hauptsprache des Dienstes oder das Vorhandensein von Sendungen oder kommerzieller Kommunikation, die sich spezifisch an die Öffentlichkeit des Empfängerstaats richten“ herangezogen werden können.

cc) Rechtssystematische Auslegung

Interrechtssystematische Anknüpfungspunkte für die Auslegung ergeben sich aus Erwägungsgrund 37 hinsichtlich möglicher Ausnahmen vom Sendestaatprinzip, soweit ausdrücklich auf die entsprechenden Bedingungen und Vor-

96 Vgl. zur Qualifizierung der AVMD-RL als klassische Binnenmarktrichtlinie: *Gundel*, ZUM 2019, 131, 134.

97 Vgl. insbesondere EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 21; aber auch EuGH, Urt. v. 9. 7. 1997 – C-34/95, C-35/95, C-36/95.

aussetzungen des Art. 3 ECRL verwiesen wird.[98] Hierdurch wird durch den EU-Normgeber die enge rechtssystematische Verknüpfung und der Gleichlauf des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 ECRL und des Sendestaatprinzips nach Art. 3 AVMD-RL bekräftigt. Auch Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL, der für Video-Sharing-Plattform-Anbieter ausdrücklich auf die Anwendung des Art. 3 ECRL verweist, unterstreicht den rechtssystematischen Gleichlauf.

Hieraus ergibt sich, dass aus beiden Regelungsregimen in gleicher Weise die Ausnahmen vom Herkunfts- bzw. Sendestaatprinzip nur unter engen Voraussetzungen der Konsultation von betroffenen anderen Mitgliedstaaten und der EU-Kommission sowie vor allem nur für den Einzelfall und gegen einen bestimmten Dienst gerichtet getroffen werden können. Auch unter diesem Gesichtspunkt erschiene es also sowohl nach Art. 3 AVMD-RL für audiovisuelle Mediendienste als auch nach Art. 3 ECRL für sonstige Telemedien in den jeweils koordinierten Bereichen nicht vertretbar, abstrakt-generelle Empfangsstaat-Regelungen als unionsrechtskonform anzusehen, soweit diese ihren Geltungsbereich auch auf Anbieter mit Niederlassung in anderen EU-Mitgliedstaaten erstrecken.

5. Ergebnis

Das Sendestaatprinzip nach Art. 3 AVMD-RL erlaubt im koordinierten Bereich grundsätzlich keine nationalstaatlichen abstrakt-generellen Regelungen in Bezug auf Anbieter audiovisueller Mediendienste mit Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, soweit diese Regelungen in ihrer Anwendung Behinderungen der Weiterverbreitung ihrer Dienste bedeuten.

Maßnahmen in Durchbrechung des Sendestaatprinzips sind nur im Einzelfall und bezogen auf einen bestimmten Dienst unter den engen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 2 u. 3, Art. 4 Abs. 2 bis 5 AVMD-RL möglich.

Auch aus den Spezialregelungen für Video-Sharing-Plattform-Anbieter ergeben sich keine von einer strengen Herkunftslandanknüpfung abweichenden Anhaltspunkte aus dem Wortlaut der Art. 28a und 28b AVMD-RL. Die Um-

98 EG 37: „Beschränkungen der freien Erbringung audiovisueller Mediendienste auf Abruf sollten nur gemäß Bedingungen und Verfahren möglich sein, die den bereits durch Artikel 3 Absatz 4, 5 und 6 der Richtlinie 2000/31/EG festgelegten Bedingungen und Verfahren entsprechen".

setzung von Schutzmaßnahmen in Art. 28b AVMD-RL knüpft hinsichtlich der Anwendbarkeit des Sachrechts an die Rechtshoheitsunterworfenheit und mithin den Niederlassungsort an. Hieraus ergibt sich, dass nationalstaatliche Umsetzungen von Schutzmaßnahmen einzelner EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich nur für die jeweils in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter Anwendung finden. Das Herkunftslandprinzip und die engen Möglichkeiten von Ausnahmen ergeben sich aufgrund der Verweisung in Art. 28a Abs. 5 AVMD-RL aus Art. 3 ECRL.

IV. Umsetzung im Telemediengesetz

1. Aktuelle und im Entwurf vorgesehene Regelungen

a) Bestimmungen des TMG de lege lata

Das Telemediengesetz regelt de lege lata[99] das Herkunftslandprinzip in § 3 TMG auf der Grundlage der Vorschriften zur Bestimmung des Europäischen Sitzlandes in § 2a TMG.[100] Das Gebot der Beachtung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 Abs. 1 und 2 ECRL ist entsprechend in § 3 Abs. 1 und 2 TMG mit folgendem Wortlaut umgesetzt worden:

> (1) In der Bundesrepublik Deutschland nach § TMG § 2a niedergelassene Diensteanbieter und ihre Telemedien unterliegen den Anforderungen des deutschen Rechts auch dann, wenn die Telemedien in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinien 2000/31/EG und 89/552/EWG geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden.
>
> (2) Der freie Dienstleistungsverkehr von Telemedien, die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinien 2000/31/EG und 89/552/EWG niedergelassen sind, wird nicht eingeschränkt. Absatz 5 bleibt unberührt.

Hinsichtlich der allgemeinen Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip erfolgt durch § 3 Abs. 3 und 4 TMG eine Umsetzung von Art. 3 Abs. 3 ECRL. Dies betrifft generell Regelungsbereiche wie etwa die Freiheit der Rechtswahl, Vorschriften für vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge, bestimmte sachenrechtliche Vorschriften, das Urheberrecht oder die Glücksspielregulierung.

---

99 Telemediengesetz (TMG) vom 26. Februar 2007, BGBl. I S. 179; zuletzt geändert durch Art. 11 G. v. 11. 7. 2019; BGBl. I S.1066.

100 § 2a Abs. 1 stellt grds. auf „den Mittelpunkt der Tätigkeiten des Diensteanbieters im Hinblick auf ein bestimmtes Telemedienangebot" ab, regelt aber in Abs. 2 abweichend eine Sitzlandgeltung in Fällen einer Hauptverwaltung in Deutschland; überdies regelt Abs. 3 eine spezielle Sitzlandgeltung für audiovisuelle Mediendiensteanbieter, die nicht bereits aufgrund ihrer Niederlassung der Rechtshoheit Deutschlands oder eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union unterliegen.

Für die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip bei einzelfallbezogenen Maßnahmen nach Art. 3 Abs. 4 bis 6 ECRL erfolgt eine Umsetzung in § 3 Abs. 5 TMG, freilich unter teilweiser Abweichung von dem Wortlaut der Richtlinienvorgaben. Während Art. 3 Abs. 4 ECRL unter engen Voraussetzungen lediglich „Maßnahmen" des Empfangsstaats „im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft" legitimiert, wird in § 3 Abs. 5 S. 1 TMG allgemeiner von einem „Unterliegen" von Diensteanbietern anderer EU-Mitgliedstaaten bezüglich der „Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts" ausgegangen. Vor allem aus § 3 Abs. 5 S. 2 TMG erschließt sich, dass der Bundesgesetzgeber insoweit von einer Geltungserstreckung inländischen Rechts ausgegangen ist und dann nur hinsichtlich der „Verfahren zur Einleitung von Maßnahmen" bestimmte „Konsultations- und Informationspflichten" insbesondere nach der ECRL vorgesehen seien. Hingegen erfolgt in § 3 Abs. 5 TMG keine ausdrückliche Umsetzung der in Art. 3 Abs. 4 ECRL geregelten Ausnahmevoraussetzung, nach der nur Maßnahmen „im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft" erlaubt sind, der konkret enumerativ genannte „Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt".

b) Neuregelung nach dem Entwurf der Bundesregierung

aa) Überblick

Der Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Telemediengesetzes und weiterer Gesetze [101] sieht umfangreiche Änderungen sowohl der Vorschriften zur Sitzlandbestimmung in § 2a TMG-E als auch zum Herkunftslandprinzip nach § 3 TMG-E vor. Überdies sollen in § 2c TMG-E[102]

101 Abrufbar unter https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/S-T/telemediengesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=4

102 § 2c TMG-E: „(1) Audiovisuelle Mediendiensteanbieter und Videosharingplattform-Anbieter sind verpflichtet, der zuständigen Behörde auf Verlangen Auskünfte über die in § 2a Absatz2 bis 7 genannten Kriterien zu erteilen, soweit dies für die Erfüllung der Aufgaben nach § 2b Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 erforderlich ist.
(2) Der Auskunftspflichtige kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 der Zivilprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit aussetzen würde. Er ist über sein Recht zur Auskunftsverweigerung zu belehren. Die Tatsache, auf die der Auskunftspflichtige die Verweigerung der

Auskunftsverlangen der zuständigen Behörde gegen Diensteanbieter und in § 2b TMG-E[103] Regelungen über eine „Liste der audiovisuellen Mediendiensteanbieter und der Videosharingplattform-Anbieter" normiert werden, deren Sitzland Deutschland ist oder für die Deutschland als Sitzland gilt. Der Novellierungsentwurf der Bundesregierung soll insbesondere Vorgaben der AVMD-RL umsetzen.

bb) Entwurf zur Sitzlandbestimmung (§ 2a TMG-E)

Hinsichtlich der vorgeschlagenen Neufassung des § 2a TMG-E zur Sitzlandbestimmung wird zunächst in Absatz 1 das bisherige Kriterium des „Mittelpunkts der Tätigkeiten des Diensteanbieters" zugunsten einer grundsätzlichen Orientierung am Niederlassungsort gestrichen. Die Abweichungen zur (inländischen) Sitzlandgeltung bei audiovisuellen Mediendiensten in Abs. 2 und 3 sollen im Wesentlichen fortgelten.[104] Neu hinzutreten sollen in den Absätzen 4 bis 7 Sitzlandgeltungsregelungen in Bezug auf Videosharingplattform-Anbieter, die sich an Art. 28a AVMD-RL orientieren. Absatz 8 setzt bezüglich Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitgliedstaaten die Vorgaben des Art. 28a Abs. 7 AVMD-RL um. Die im Entwurf vorgesehene Vorschrift des § 2a TMG-E hat den nachfolgenden Wortlaut:

(1) Sitzland des Diensteanbieters ist der Mitgliedstaat, in dem der Diensteanbieter niedergelassen ist.

(2) Abweichend von Absatz 1 gilt bei audiovisuellen Mediendiensten ein Mitgliedstaat als Sitzland des Diensteanbieters, in dem die Hauptverwaltung des Diensteanbieters liegt

Auskunft nach Satz 1 stützt, ist auf Verlangen glaubhaft zu machen. Es genügt die eidliche Versicherung des Auskunftspflichtigen.".

103 § 2b TMG-E: „(1) Die zuständige Behörde erstellt jeweils eine Liste der audiovisuellen Mediendiensteanbieter und der Videosharingplattform-Anbieter, deren Sitzland Deutschland ist oder für die Deutschland als Sitzland gilt. In der Liste sind zu jedem audiovisuellen Mediendiensteanbieter und Videosharingplattform-Anbieter die maßgeblichen Kriterien nach § 2a Absatz 2 bis 7 anzugeben.
(2) Die zuständige Behörde übermittelt die Listen der audiovisuellen Mediendiensteanbieter und Videosharingplattform-Anbieter und alle Aktualisierungen dieser Listen der für Kultur und Medien zuständigen obersten Bundesbehörde.
(3) Die für Kultur und Medien zuständige oberste Bundesbehörde leitet die ihr übermittelten Listen der audiovisuellen Mediendiensteanbieter und Videosharingplattform-Anbieter und alle Aktualisierungen dieser Listen an die Europäische Kommission weiter".

104 Allerdings entfällt redaktionell die Beschränkung in Absatz 2 auf audiovisuelle Mediendienste „auf Abruf" aufgrund einer entsprechenden Anpassung der Legaldefinition der audiovisuellen Mediendienste in § 2 S. 1 Nr. 6 TMG-E.

und die redaktionellen Entscheidungen über den audiovisuellen Mediendienst getroffen werden. Werden die redaktionellen Entscheidungen über den audiovisuellen Mediendienst in einem anderen Mitgliedstaat als dem Sitz der Hauptverwaltung getroffen, so gilt als Sitzland des Diensteanbieters

1. derjenige dieser beiden Mitgliedstaaten, in dem ein erheblicher Teil des Personals des Diensteanbieters, das mit der Durchführung der programmbezogenen Tätigkeiten des audiovisuellen Mediendienstes betraut ist, tätig ist,
2. der Mitgliedstaat, in dem die Hauptverwaltung des Diensteanbieters iegt, wenn ein erheblicher Teil des Personals des audiovisuellen Mediendiensteanbieters, das mit der Ausübung der sendungsbezogenen Tätigkeiten betraut ist, in jedem dieser Mitgliedstaatentätig ist, oder
3. der Mitgliedstaat, in dem der Diensteanbieter zuerst mit seiner Tätigkeit nach Maßgabe des Rechts dieses Mitgliedstaats begonnen hat, sofern eine dauerhafte und tatsächliche Verbindung mit der Wirtschaft dieses Mitgliedstaats fortbesteht, wenn ein erheblicher Teil des Personals des audiovisuellen Mediendiensteanbieters, das mit der Ausübung der sendungsbezogenen Tätigkeiten betraut ist, in keinem dieser Mitgliedstaatentätig ist.

Werden die redaktionellen Entscheidungen über den audiovisuellen Mediendienst in einem Drittstaat getroffen, gilt der Mitgliedstaat als Sitzland, in dem die Hauptverwaltung des Diensteanbieters liegt. Liegt die Hauptverwaltung des Diensteanbieters in einem Drittstaat und werden die redaktionellen Entscheidungen über den audiovisuellen Mediendienst in einem Mitgliedstaat getroffen, gilt der Mitgliedstaat als Sitzland, in dem ein erheblicher Teil des mit der Bereitstellung des audiovisuellen Mediendienstes betrauten Personals tätig ist

(3) Für audiovisuelle Mediendiensteanbieter, die nicht bereits aufgrund ihrer Niederlassung der Rechtshoheit eines Mitgliedstaats unterliegen, gilt ein Mitgliedstaat als Sitzland, wenn sie

1. eine in diesem Mitgliedstaat gelegene Satelliten-Bodenstation für die Aufwärtsstrecke nutzen oder
2. zwar keine in diesem Mitgliedstaat gelegene Satelliten-Bodenstation für die Aufwärtsstrecke nutzen, aber eine diesem Mitgliedstaat zugewiesene Übertragungskapazität eines Satelliten nutzen.

Liegt keines dieser beiden Kriterien vor, gilt der Mitgliedstaat auch als Sitzland für Diensteanbieter, in dem dieser gemäß den Artikeln 49 55 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union niedergelassen ist.

(4) Ist ein Videosharingplattform-Anbieter nicht im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats niedergelassen, so gilt derjenige Mitgliedstaat abweichend von Absatz 1 als Sitzland, in dessen Hoheitsgebiet

1. ein Mutterunternehmen oder ein Tochterunternehmen des Videosharingplattform-Anbieters, oder
2. ein anderes Unternehmen einer Gruppe, von welcher der Videosharingplattform-Anbieter ein Teil ist,

niedergelassen ist.

(5) Sind in den Fällen des Absatzes 4 das Mutterunternehmen, das Tochterunternehmen oder die anderen Unternehmen der Gruppe jeweils in verschiedenen Mitgliedstaaten

niedergelassen, so gilt der Videosharingplattform-Anbieter als in dem Mitgliedstaat niedergelassen,
1. in dem sein Mutterunternehmen niedergelassen ist, oder
2. mangels einer solchen Niederlassung in dem sein Tochterunternehmen niedergelassen ist, oder
3. mangels einer solchen Niederlassung in dem das oder die anderen Unternehmen der Gruppe niedergelassen ist oder sind.

(6) Gibt es mehrere Tochterunternehmen und ist jedes dieser Tochterunternehmen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen, so gilt der Videosharingplattform-Anbieter in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem eines der Tochterunternehmen zuerst seine Tätigkeit aufgenommen hat, sofern eine dauerhafte und tatsächliche Verbindung mit der Wirtschaft dieses Mitgliedstaats besteht.

(7) Gibt es mehrere andere Unternehmen, die Teil der Gruppe sind und von denen jedes in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, so gilt der Videosharingplattform-Anbieter als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem eines dieser Unternehmen zuerst seine Tätigkeit aufgenommen hat, sofern eine dauerhafte und tatsächliche Verbindung mit der Wirtschaft dieses Mitgliedstaats besteht.

(8) Treten zwischen der zuständigen Behörde und einer Behörde eines anderen Mitgliedstaats Meinungsverschiedenheiten darüber auf, welcher Staat Sitzland des Diensteanbieters nach Absatz 2 bis 7 ist oder als solcher gilt, so bringt die zuständige Behörde dies der Europäischen Kommission unverzüglich zur Kenntnis.

Damit ergibt sich nach § 2a TMG-E für die dienstebezogene Sitzlandbestimmung für Telemedien folgende Differenzierung anwendbarer Absätze:

Audiovisuelle Mediendienste auf Abruf	Video-Sharing-Plattform-Dienste	(Sonstige) Dienste der Informationsgesellschaft
§ 2a Abs. 1 – 3	§ 2a Abs. 1, 4 – 7	§ 2a Abs. 1

cc) Entwurf zum Herkunftslandprinzip (§ 3 TMG-E)

Hinsichtlich der vorgeschlagenen Neufassung des § 3 TMG-E zum Herkunftslandprinzip erfolgen zunächst in Absätzen 1 und 2 – abgesehen von Anpassungen aufgrund der AVMD-RL – keine wesentlichen Veränderungen des Grundsatzes der Rechtsgeltung des Sitzlandes des Verbreitungs- bzw. Sendestaates sowie der Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs durch die Mitglieds-Empfangsstaaten. Bei den einzelfallbezogenen Ausnahmen bewendet es bei den bereits geschilderten Wortlautabweichungen gegenüber Art. 3 Abs. 4 bis 6,[105] es soll künftig aber hinsichtlich der Ausnah-

105 Siehe oben Punkt II.3.a). Während Art. 3 Abs. 4 ECRL unter engen Voraussetzungen lediglich „Maßnahmen“ des Empfangsstaats „im Hinblick auf einen bestimmten Dienst

mevoraussetzungen differenziert werden nach den in Absatz 6 geregelten audiovisuellen Medien und in Absatz 5 den sonstigen Telemedien. Die im Entwurf vorgesehene Vorschrift des § 3 TMG-E hat den nachfolgenden, auszugsweise[106] wiedergegebenen Wortlaut:

(1) In Deutschland nach § 2a niedergelassene Diensteanbieter und ihre Telemedien unterliegen den Anforderungen des deutschen Rechts auch dann, wenn die Telemedien innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) (ABl. L 178 vom 17. 7. 2000, S. 1) und der Richtlinie 2010/13/EU in einem anderen Mitgliedstaat geschäftsmäßig angeboten oder verbreitet werden.

(2) Der freie Dienstleistungsverkehr von Telemedien, die innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG und der Richtlinie 2010/13/EU in Deutschland von Diensteanbietern, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, geschäftsmäßig angeboten oder verbreitet werden, wird vorbehaltlich der Absätze 5 und 6 nicht eingeschränkt.
(...)

(5) Das Angebot und die Verbreitung von Telemedien, bei denen es sich nicht um audiovisuelle Mediendienste handelt, durch einen Diensteanbieter, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, unterliegen den Einschränkungen des deutschen Rechts, soweit
1. dies dem Schutz folgender Schutzziele vor Beeinträchtigungen oder ernsthaften und schwerwiegenden Gefahren dient:
a) der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, insbesondere
aa) im Hinblick auf die Verhütung, Ermittlung, Aufklärung, Verfolgung und Vollstreckung
aaa) von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Verunglimpfung aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität,
bbb) von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen oder

der Informationsgesellschaft" legitimiert, wird in § 3 Abs. 5 S. 1 TMG allgemeiner von einem „Unterliegen" von Diensteanbietern anderer EU-Mitgliedstaaten bezüglich der „Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts" ausgegangen. Überdies erfolgt in § 3 Abs. 5 TMG keine ausdrückliche Umsetzung der in Art. 3 Abs. 4 ECRL geregelten Ausnahmevoraussetzung, nach der nur Maßnahmen „im Hinblick auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft" erlaubt sind, der konkret enumerativ genannte „Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt".

106 Von einer Wortlautwiedergabe der Absätze 3 und 4 wird wegen einer angenommenen untergeordneten Bedeutung für die vorliegenden Fragestellungen abgesehen.

bb) im Hinblick auf die Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen,
b) der öffentlichen Gesundheit oder
c) der Interessen der Verbraucher und der Interessen der Anleger und
2. die Maßnahmen, die auf der Grundlage des deutschen Rechts in Betracht kommen, in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Schutzzielen stehen.

Maßnahmen nach Satz 1 Nummer 2 sind nur zulässig, wenn die Verfahren, die in Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b und Absatz 5 der Richtlinie 2000/31/EG vorgesehen sind, eingehalten werden; davon unberührt bleiben gerichtliche Verfahren einschließlich etwaiger Vorverfahren und die Verfolgung von Straftaten einschließlich der Strafvollstreckung und von Ordnungswidrigkeiten.

(6) Der freie Empfang und die Weiterverbreitung von audiovisuellen Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten darf abweichend von Absatz 2 vorübergehend beeinträchtigt werden, wenn diese audiovisuellen Mediendienste
1. in offensichtlicher, ernster und schwerwiegender Weise Folgendes enthalten:
a) eine Aufstachelung zu Gewalt oder Hass gegen eine Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer Gruppe von Personen aus einem der in Artikel 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 364 vom 18. 12. 2000, S. 1) genannten Gründe,
b) eine öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat gemäß Artikel 5 der Richtlinie (EU) 2017/541 (ABl. L 88 vom 31. 3. 2017, S. 6),
c) einen Verstoß gegen die Vorgaben zum Schutz von Minderjährigen nach Artikel 6a Absatz 1 der Richtlinie 2010/13/EU oder
2. eine Beeinträchtigung oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr der Beeinträchtigung darstellen für
a) die öffentliche Gesundheit,
b) die öffentliche Sicherheit oder
c) die Wahrung nationaler Sicherheits- und Verteidigungsinteressen.

Maßnahmen nach Satz 1 sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Artikels 3 Absatz 2 bis 5 der Richtlinie 2010/13/EU erfüllt sind.

Damit ergibt sich nach § 3 TMG-E für einzelfallbezogene Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip des Abs. 2 folgende diensteorientierte Differenzierung anwendbarer Absätze:

Audiovisuelle Mediendienste auf Abruf	Video-Sharing-Plattform-Dienste	(Sonstige) Dienste der Informationsgesellschaft
Abs. 6	Abs. 5	Abs. 5

2. Auslegung

a) Geltungsbereich / Rechtshoheitserstreckung

§ 3 Abs. 1 und 2 TMG-E bleiben gegenüber der de lege lata geltenden Fassung im Wesentlichen unverändert. Die Grundsätze vereinen das nach Art. 3 Abs. 1 und 3 ECRL geltende Herkunftslandprinzip mit den Regelungen zum Sendestaatprinzip nach Art. 3 der AVMD-Richtlinie. Wie bei der aktuellen Fassung wird auch künftig – in Abweichung von Art. 3 Abs. 2 ECRL – nicht ein Verbot des freien Verkehrs von „Diensten der Informationsgesellschaft", sondern des „Dienstleistungsverkehrs" von Telemedien geregelt. Dies ist zwar missverständlich, da vom koordinierten Bereich etwa die Anforderungen an die Ware als solche und ihre physische Lieferung sowie nicht auf elektronischem Wege zu erbringende Dienste ausgeschlossen sind.[107] Da in § 3 Abs. 2 TMG aber ausdrücklich auf den „Geltungsbereich der Richtlinie 2000/31/EG und der Richtlinie 2010/13/EU" abgestellt wird, ergeben sich in der Auslegung keine Abweichungen.[108] Insbesondere gilt auch nach der Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 ECRL in § 3 Abs. 2 TMG-E ein grundsätzliches Verbot für die Bundesrepublik als Empfangsstaat, den freien Dienste-Verkehr von Telemedienanbietern einzuschränken, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind.[109]

b) Ausnahmen für (Einzelfall-)Maßnahmen

aa) Wortlautabweichung bzgl. „Unterliegens" unter Rechtsvorschriften

Wie bereits ausgeführt worden ist, ergibt sich für die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 5 TMG eine Abweichung von dem Wortlaut der Vorgaben insbesondere des Art. 3 Abs. 4 ECRL. Denn während die deutsche Umsetzungsnorm ein „Unterliegen" des EU-ausländischen Anbieters bezüglich der „Einschränkungen des innerstaatlichen Rechts" normiert, sieht die europarechtliche Richtlinienvorgabe lediglich die ausnahmsweise Ergreifung von „Maßnahmen" im Hinblick auf „einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft" vor.

107 Vgl. Art. 2 h) ii) Spiegelstriche 1 – 3 ECRL.

108 Siehe auch *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz – Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 3 TMG Rn. 11 f.; *Weller*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, Std. 1. 8. 2019, § 3 TMG Rn. 3 ff.;

109 Hierzu oben Punkt II.4.a).

Die ECRL geht mithin gerade nicht von einer pauschalen Geltung nationalstaatlicher Einschränkungen durch Rechtsvorschriften eines EU-Empfangsstaates aus, sondern legitimiert schon nach Art. 3 Abs. 4 a) ECRL allenfalls Restriktionen im Einzelfall („Maßnahmen“) gegen einen Anbieter, welche freilich unter den engen Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL[110] dann auch auf nationale Vorschriften im koordinierten Bereich gestützt werden könnten.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich rechtspragmatisch die Fragestellungen, ob die unterschiedlichen Formulierungen in Art. 3 Abs. 4 ECRL und in § 3 Abs. 5 TMG auch in praxi zu differenten Ergebnissen führen, da die deutsche Regelung sowohl de lege lata als auch im aktuellen Entwurf der Bundesregierung in § 3 Abs. 5 S. 2 TMG die Einschränkung vorsieht, dass Maßnahmen nur zulässig sind, „wenn die Verfahren, die in Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b und Absatz 5 der Richtlinie 2000/31/EG vorgesehen sind, eingehalten werden“.[111] Damit werden auch nach der Formulierung des § 3 Abs. 5 TMG Einschränkungen der Dienstefreiheit im Sinne des Art. 3 Abs. 2 ECRL (und § 3 Abs. 2 TMG) erst dann virulent, wenn eine deutsche Behörde einzelfallbezogene Maßnahmen unter Beachtung und Bejahung aller Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL ergreift.

Damit ist die deutsche Umsetzung in § 3 Abs. 5 sowohl de lege lata als auch nach dem vorgesehenen BMWi-Entwurf unionsrechtskonform, insbesondere mit den Vorgaben aus Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL im Einklang stehend, soweit die dort vorgesehenen materiellen und prozeduralen Voraussetzungen stets vor der einzelfallbezogenen Anwendung nationaler Vorschriften gegen Anbieter mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten beachtet werden.

110 Insbesondere muss der bestimmte Dienst der Informationsgesellschaft konkret Schutzziele beeinträchtigen oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellen, vgl. Art. 3 Abs. 4 a) ii) ECRL.

111 Vgl. auch *Spindler*, in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz – Kommentar, 2. Aufl. 2018, § 3 TMG Rn 55, wonach eine in den koordinierten Bereich fallende Rechtsnorm zur Regelung von Telemediendiensten „zwangsläufig dem Herkunftslandprinzip unterfällt, solange sie für den betreffenden Einzelfall nicht vom Mitgliedstaat der Kommission als beizubehaltendes Schutzgut mitgeteilt wurde“.

bb) Wortlautabweichung bzgl. „Beeinträchtigung" bzw. „Gefahr" durch Dienst

Demgegenüber ergibt sich eine nicht unerhebliche weitere Abweichung des Wortlauts des § 3 Abs. 5 TMG gegenüber den Vorgaben der ECRL hinsichtlich der materiellen Ausnahmevoraussetzungen. Während namentlich Art. 3 Abs. 4 a) ii) ECRL voraussetzt, dass die in Rede stehenden Maßnahmen „einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft, der die unter Ziffer i) genannten Schutzziele beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt", verlangt § 3 Abs. 5 TMG lediglich, dass die betreffende Maßnahme dem „Schutz folgender Schutzziele" vor „Beeinträchtigungen oder ernsthaften und schwerwiegenden Gefahren dient".

Mithin stellt der Wortlaut des § 3 Abs. 5 TMG einer erhebliche Verkürzung der unionsrechtlichen Anforderungen dar, da hiernach nicht der Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung oder Gefahr durch den betreffenden Dienst erforderlich wäre, sondern lediglich eine Prüfung, dass die Maßnahme allgemein zum Schutz vor solchen Beeinträchtigungen und Gefahren dient, also letztlich nur abstrakt für eine Eindämmung geeignet ist. Allerdings erscheint insoweit rechtsmethodisch eine richtlinienkonforme Auslegung des § 3 Abs. 5 TMG dahingehend möglich, dass Maßnahmen hiernach ebenfalls nur dann zulässig sind, wenn die die Maßnahme beabsichtigende Behörde gemäß Art. 3 Abs. 4 a) ii) ECRL geprüft und bejaht hat, dass ein bestimmter Dienst der Informationsgesellschaft, der genannten Schutzziele „beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt".

V. Deutsche Telemedien-Regulierung

1. Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)

a) Aktuelle Gesetzesfassung vom 1. 9. 2017

aa) Wesentlicher Regelungsinhalt und Systematik

Das NetzDG richtet sich in erster Linie an Betreiber von sozialen Netzwerken und stellt für diese aufgrund der erheblichen Bußgelddrohungen Ordnungswidrigkeitenrecht und mithin Strafrecht i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG dar. Das am 1. 10. 2017 in Kraft getretene NetzDG sieht im Wesentlichen eine gesetzliche Berichtspflicht für soziale Netzwerke über den Umgang mit Hasskriminalität und anderen strafbaren Inhalten (§ 2), die Etablierung eines umfassenden Beschwerdemanagements (§ 3) sowie die Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten sowie einer empfangsberechtigten Person für Auskunftsersuchen (§ 5) vor. Verstöße gegen diese Pflichten können mit Bußgeldern gegen das Unternehmen und die Aufsichtspflichtigen geahndet werden (§ 4).[112] In § 1 erfolgt eine Normierung des persönlichen Anwendungsbereichs durch die Legaldefinition sozialer Netzwerke (Abs. 1), eine Einfügung einer Bagatellgrenze zum Anwendungsausschluss kleinerer sozialer Netzwerke (Abs. 2) sowie einer Legaldefinition der Compliancebezogenen „rechtswidrigen Inhalte“ mit der Benennung von Straftatbeständen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (Abs. 3).[113]

bb) Anwendungsbereich (Normadressaten)

Die Vorschrift des § 1 Abs. 1 NetzDG enthält eine Legaldefinition des zuvor gesetzlich nicht geregelten Begriffs „soziale Netzwerke“, um die Normadressaten des NetzDG zu konkretisieren. Die Vorschrift hat den nachfolgenden Wortlaut:

---

112 S.a. BT-Drs. 18/12356, S. 2.

113 Zum Begriff der „rechtswidrigen Inhalte“ ausführl. *Hoven/Gersdorf* in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Edition, Stand: 1. 5. 2019, § 1 NetzDG Rn. 40 ff.; anders: *Liesching*, ZUM 2017, 809 ff.; siehe auch *Höld*, MMR 2017, 791, 792; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1722; *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2578; *Peifer* AfP 2018, 14, 17.

> „Dieses Gesetz gilt für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke). Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke im Sinne dieses Gesetzes. Das Gleiche gilt für Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind".

Der Begriff setzt zunächst die Qualifizierung als Telemedium voraus, sodass Rundfunk einschließlich Near-Video-on-Demand und Live Streaming nicht erfasst sind.[114] In der Entwurfsbegründung zum NetzDG werden unter Verweis auf eine „entsprechende Geltung" von Art. 2 lit b ECRL und § 2 Nr. 1 TMG Diensteanbieter als solche definiert, „bei denen die elektronische Informationsbereitstellung im Vordergrund steht".[115] Anbieter sozialer Netzwerke wie Facebook, Twitter oder Youtube sind stets Diensteanbieter. Hiervon zu unterscheiden ist die Fragestellung, ob Nutzer der Plattformen ihrerseits z. B. aufgrund der Gestaltung eines Facebook-Auftritts (z. B. Unternehmerprofile) ebenfalls als Diensteanbieter anzusehen sind.[116] Erfasst werden auch Diensteanbieter mit Niederlassung im (EU-)Ausland und solche, die Dienste auch ausländischen Nutzern zur Verfügung stellen.[117]

Die Anwendbarkeit des NetzDG setzt weiter voraus, dass die Internetplattform vom Diensteanbieter mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird. Bei gewerblichen Unternehmen ist regelmäßig davon auszugehen, dass sie eine Gewinnerzielung anstreben.[118] Einer Absicht der Gewinnerzielung kann es ermangeln, wenn eine Dauerhaftigkeit und Nachhaltigkeit des Dienstangebotes nicht gegeben ist.[119] Der Begriff der „Plattform" soll in erster Linie Dienste im Sinne von § 10 TMG erfassen.[120] Der Anwendungsbereich wird weiter dadurch eingeschränkt, dass nur Internetplattformen erfasst werden sollen, bei denen Nutzer „beliebige Inhalte" mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen. Die Vorgabe korrespondiert mit der später im

114 Ausführl. *Liesching*, NetzDG, in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 2018, § 1 NetzDG, Rn. 2 (nachfolgend: EK-*Liesching*).

115 BT-Drs. 18/12356, S. 18.

116 Vgl. LG Aschaffenburg K&R 2011, 809 m. Anm. *Dramburg/Schwenke* = MMR 2012, 38; *Dramburg/Schwenke*, K&R 2011, 811.

117 Ausführl. *Spindler*, K&R 2017, 533, 535.

118 EuGH EuZW 2014, 672, 674.

119 Vgl. BVerwG ZfBR 2013, 45, 47.

120 BT-Drs. 18/12356, S. 18; krit. EK-*Liesching*, § 1 NetzDG, Rn. 5.

Gesetzgebungsverfahren klarstellend eingefügten Ausnahme von Plattformen zur Verbreitung „spezifischer Inhalte“ in Abs. 1 S. 3.

Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind nach Absatz 1 Satz 2 Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter i.S.v. § 7 Abs. 1 oder § 10 S. 2 TMG selbst verantwortet werden. Insoweit handelt es sich nach dem Wortlaut allerdings um eine rein deklaratorische Regelung, da entsprechende Dienste mit selbst verantworteten journalistisch-redaktionell gestalteten Beiträgen schon nicht i.S.d. Abs. 1 S. 1 dazu „bestimmt“ sind, dass Nutzer beliebige Inhalte teilen oder zugänglich machen. Von einem journalistisch-redaktionell gestalteten Angebot kann in der Regel ausgegangen werden, wenn der konkrete Online-Inhalt mit einem periodisch erscheinenden Druckwerk im Wesentlichen übereinstimmt oder korrespondiert.[121] Ebenfalls kann hinreichend sein, dass die abrufbaren Informationen nicht beliebig von ihren Nutzern eingestellt, sondern von den Mitarbeitern recherchiert und/oder – soweit sie von Dritten stammen – redaktionell geprüft und gesichtet werden.[122]

Nach Absatz 1 Satz 3 vom Anwendungsbereich ausgenommen sind nach dem Wortlaut des Satz 3 1. Variante zunächst „Plattformen, die zur Individualkommunikation bestimmt sind“. Widersprüchlich wird in der Beschlussempfehlung des BT-Rechtsausschusses ausgeführt, dass Begriff der „Plattform“ nach dem „allgemeinen Sprachgebrauch“ gerade nicht Individualkommunikation einschließe, sondern „Kommunikationsräume, wo sich Kommunikation typischerweise an eine Mehrzahl von Adressaten richtet bzw. zwischen diesen stattfindet“.[123] Die weiterhin geregelte Ausnahme für inhaltsspezifische Plattformen korrespondiert mit dem bereits in Abs. 1 S. 1 gefassten Wortlaut („beliebige Inhalte“) und wurde ebenfalls erst im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf Empfehlung des BT-Rechtsausschusses zur „Klarstellung“ eingefügt.[124] Nicht erfasst werden Plattformen, die darauf angelegt sind, dass nur spezifische Inhalte verbreitet werden, wobei beispielhaft „berufliche Netzwerke, Fachportale, Online-Spiele, Verkaufsplattformen“ genannt werden.[125] Damit sind sowohl auf die berufliche Profilierung und Vernetzung gerichtete Plattformen wie „Xing“ oder „LinkedIn“ ausgenommen als auch Kommuni-

121 Vgl. VG Stuttgart, Urt. v. 22. 4. 2010 – 1 K 943/09.

122 VG Stuttgart, aaO.

123 BT-Drs. 18/13013, S. 21; krit. EK-*Liesching*, § 1 NetzDG Rn. 10.

124 BT-Drs. 18/13013, S. 20.

125 BT-Drs. 18/13013, S. 20; *Spindler*, K&R 2017, 533, 534.

kationsplattformen für fachspezifische Diskurse (Fachforen). Geschlossene Netzwerke mit thematisch bestimmter Nutzungsorientierung (z. B. Spielkonsolen-Netzwerke) sind vom Anwendungsbereich des NetzDG stets ausgeschlossen.

Die Bagatellgrenze des § 1 Abs. 2 NetzDG befreit soziale Netzwerke von den Pflichten des Gesetzes, wenn das Netzwerk weniger als zwei Millionen registrierte Nutzer in der Bundesrepublik Deutschland hat. Nähere Bestimmungen sollen nach der Begründung der Beschlussempfehlung des BT-Rechtsausschusses in den gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 zu erlassenden allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen geregelt werden.[126] Die Privilegierung gegenüber Netzwerken mit mehr Nutzern aber u. U. geringeren wirtschaftlichen Ressourcen unterliegt mit Blick auf Art. 3 GG verfassungsrechtlichen Bedenken.[127] Maßgeblich ist die halbjährliche Durchschnittszahl von 2 Mio. Nutzern.[128] Die Begrenzung auf „im Inland registrierte“ Nutzer ist faktisch nur über die IP-Adresse annäherungsweise nachprüfbar.

Für die Registrierung wird in den Gesetzesmaterialien gefordert, dass die „insofern relevanten Nutzer einen gewissen Registrierungsprozess durchlaufen haben, wozu in der Regel die Zuordnung eines Nutzernamens und Zustimmung zu gewissen Regeln des sozialen Netzwerkes in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gehört“.[129] Darauf, ob die registrierten Nutzer noch auf der Plattform aktiv sind oder nicht („Karteileichen“), kommt es nach dem Wortlaut nicht an. Da sich die wirtschaftlichen Ressourcen des Netzwerkbetreibers (z. B. durch Werbeeinnahmen) aber weniger an der Zahl der registrierten Nutzer, sondern vielmehr der Zahl aktiver Nutzer richtet, bedarf es der verfassungskonform erweiternden Auslegung der Bagatellgrenze des Abs. 2 dahingehend, dass der Betreiber eines sozialen Netzwerks trotz höherer Zahl von Registrierungen von der Anwendung des NetzDG ausgeschlossen ist, wenn er nachweist, dass im Halbjahresdurchschnitt deutlich weniger als zwei Millionen Nutzer aktiv die Plattform nutzen.[130] Soziale Netzwerke, die von vornherein keine Registrierung der Nutzer vorsehen, sind stets vom NetzDG-Anwendungsbereich ausgeschlossen, da sie überhaupt keine registrierten

126 So zu § 6 Abs. 2 NetzDG: BT-Drs. 18/13013, S. 25.
127 Rn. 3; ausführl. Spindler/Schmitz/*Liesching*, § 1 NetzDG Rn. 66 f.
128 Grundlegend *Spindler*, K&R 2017, 533, 534; s.a. EK-*Liesching*, § 1 NetzDG Rn. 13.
129 BT-Drs. 18/13013, S. 21.
130 Spindler/Schmitz/*Liesching*, 2018, § 1 NetzDG Rn. 70.

Nutzer im Sinne des Abs. 2 haben und mithin die Bagatellgrenze unterschreiten.[131]

cc) Europarechtlicher Bezug des NetzDG – Herkunftslandprinzip

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz de lege lata erfasst nach seinen Anwendungsbereichsregelungen in § 1 NetzDG grundsätzlich alle Anbieter Sozialer Netzwerke ab einer Zahl von 2 Millionen registrierten Nutzern. Hieraus sowie aus der in § 5 NetzDG statuierten Pflicht zur Bestellung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten ergibt sich, dass die Restriktionen des Gesetzes auch für Anbieter gelten sollen, die ihre Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat haben.

In der Amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zum NetzDG wird zutreffend darauf hingewiesen, dass die Regelungen des NetzDG für soziale Netzwerke dem koordinierten Bereich der ECRL unterfallen, da gemäß Art. 2 lit h Ziff. i 2. Spiegelstrich ECRL „die von einem Diensteanbieter zu erfüllenden Anforderungen in Bezug auf die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft, beispielsweise Anforderungen betreffend das Verhalten des Diensteanbieters, Anforderungen betreffend Qualität oder Inhalt des Dienstes sowie Anforderungen betreffend die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters“ erfasst sind.[132]

Der Gesetzgeber hat aber angenommen, dass vorliegend eine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 a) Ziff. i ECRL vorliege. Danach sind Maßnahmen zulässig, die erforderlich sind etwa zum Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität, sowie von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen. Hierauf bezieht sich die Amtliche Begründung, soweit durch das NetzDG ein „effektives Beschwerdemanagement zur Verbesserung der Durchsetzung der in § 1 Absatz 3 genannten Straftatbestände in sozialen Netzwerken“ vorgesehen sei. Dies sei auch „notwendig, um Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte effektiv zu bekämpfen und zu verfolgen“ und „das friedliche Zusammenleben der freien,

131 *Spindler*, K&R 2017, 533, 534; ausführl. Spindler/Schmitz/*Liesching*, 2018, § 1 NetzDG Rn. 72.

132 BT-Drs. 18/12356, S. 13.

offenen und demokratischen Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland" hierdurch geschützt werde.[133]

Auch die weiteren Voraussetzungen der Ausnahme, namentlich einer ernsthaften und schwerwiegenden Gefahr einer Beeinträchtigung der genannten Schutzziele sowie die Angemessenheit der Maßnahmen sieht der Gesetzgeber mit der Begründung gegeben, dass die vorgesehenen Compliance-Pflichten sozialer Netzwerke „spezielle Dienste" beträfen und „der Verhinderung objektiv strafbarer Taten" dienten. Die Vorrangklausel der Konsultation des Mitgliedstaates am Niederlassungsort des Diensteanbieters sowie die Unterrichtung der EU-Kommission negiert die Entwurfsbegründung mit dem Hinweis auf das Vorliegen eines „dringenden Falles" unter Verweis auf Art. 3 Abs. 5 ECRL und damit, dass ein sofortiges Handeln „zur effektiven Bekämpfung von Hasskriminalität und weiterer objektiv strafbarer Handlungen im Internet dringend geboten" sei.[134]

Die herrschende Literatur ist der Auslegung des Gesetzesentwurfs nicht gefolgt und geht von einem Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip und mithin von einer Unionsrechtswidrigkeit des NetzDG aus.[135] Zu beachten sei, dass im Gegensatz zu den Ausnahmen des Art. 3 Abs. 3 ECRL die in Abs. 4 und 5 geregelten Einschränkungen nicht generell vorgesehen sind, sondern lediglich für behördliche Schutzmaßnahmen nach Abwägung im Einzelfall.[136] Insoweit richte sich das NetzDG auch nicht auf einen bestimmten Dienst, wie es Art. 3 Abs. 4 ECRL indes erfordere, sondern vielmehr an alle Dienste, die soziale Netzwerke i.S.d. § 1 Abs. 1 sind.[137]

133 BT-Drs. 18/12356, S. 13.

134 BT-Drs. 18/12356, S. 13.

135 Vgl. z. B. *Feldmann*, K&R 2017, 292, 296; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433 f.; *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, 313; *Heidrich/Scheuch*, DSRITB 2017, 305, 317; *Hoeren,* Beck-Expertenblog v. 30. 3. 2017; *Hoven/Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Edition, Stand: 01. 05. 2019, § 1 NetzDG Rn. 9; *Spindler*, ZUM 2017, 473, 474 ff.; *ders.*, K&R 2017, 533, 535 f.; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 96 f.; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29; ferner: *Eifert*, in; Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 9, 24; siehe hierzu auch oben Punkt II.1.c)bb) und cc).

136 Ausführlich: *Spindler*, ZUM 2017, 474, 476 f.; ebenso z. B. *Feldmann*, K&R 2017, 292, 296; *Wimmers/Heymann,* AfP 2017, 93, 96; wohl auch *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433.

137 *Feldmann*, K&R 2017, 292, 296; *Spindler*, ZUM 2017, 474, 477.

b) Novellierungsvorschlag des GBRH-Entwurfs

aa) Pflicht zur BKA-Meldung rechtswidriger Inhalte

Die Bundesregierung hat einen Entwurf zu einem „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität" (GBRH) vorgeschlagen und bereits notiriziert.[138] In insgesamt 5 Artikeln sind Änderungen des Strafgesetzbuchs (StGB), der Strafprozessordnung (StPO), des Bundeskriminalamtgesetzes (BKAG), des Telemediengesetzes (TMG) und des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) vorgesehen. Die Änderungen des NetzDG sehen im Wesentlichen nach § 3a NetzDG-E die Verpflichtung sozialer Netzwerke vor, alle beschwerdegegenständlichen Inhalte und Nutzungsdaten (IP-Adressen und Portnummern) der User an das Bundeskriminalamt weiterzuleiten, wenn nach Einschätzung der Netzwerkbetreiber „konkrete Anhaltspunkte" für das Vorliegen bestimmter Straftaten gegeben sind (§ 3a Abs. 2 NetzDG-E). Die betroffenen Nutzer werden frühestens 14 Tage nach der Weitergabe ihrer personenbezogenen Daten an das Bundeskriminalamt informiert (§ 3a Abs. 6 NetzDG-E). Die vorgesehene Vorschrift zur Meldung von rechtswidrigen Inhalten an das Bundeskriminalamt hat den nachfolgenden Wortlaut:

„§ 3a Meldepflicht

(1) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss ein wirksames Verfahren für Meldungen nach den Absätzen 2 bis 5 vorhalten.

(2) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss dem Bundeskriminalamt als Zentralstelle zum Zwecke der Ermöglichung der Verfolgung von Straftaten Inhalte übermitteln,
1. die dem Anbieter in einer Beschwerde über rechtswidrige Inhalte gemeldet worden sind,
2. die der Anbieter entfernt oder zu denen er den Zugang gesperrt hat und
3. bei denen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie mindestens einen der Tatbestände
   a) der §§ 86, 86a, 89a, 91, 126, 129 bis 129b, 130, 131 oder 140 des Strafgesetzbuches,
   b) des § 184b in Verbindung mit § 184d des Strafgesetzbuches oder
   c) des § 241 des Strafgesetzbuches in Form der Bedrohung mit einem Verbrechen gegen das Leben, die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit oder die persönliche Freiheit erfüllen und nicht gerechtfertigt sind.

(3) Der Anbieter des sozialen Netzwerks muss unverzüglich, nachdem er einen Inhalt entfernt oder den Zugang zu diesem gesperrt hat, prüfen, ob die Voraussetzungen des

138 Vgl. Entwurf der Bunderegierung eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, Notifizierungsnummer: 2020/65/D (Deutschland); Eingangsdatum: 17/02/2020; Ende der Stillhaltefrist: 18. 05. 2020; vgl. BT-Drs. 19/17741 sowie BT-Drs. 19/18470 – jeweils nicht lektoriert.

Absatzes 2 Nummer 3 vorliegen, und unverzüglich danach den Inhalt gemäß Absatz 4 übermitteln.

(4) Die Übermittlung an das Bundeskriminalamt muss enthalten: 1.den Inhalt, 2.sofern vorhanden, die IP-Adresse einschließlich der Portnummer, die als letztes dem Nutzer, der den Inhalt mit anderen Nutzern geteilt oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat, zugeteilt war.

(5) Die Übermittlung an das Bundeskriminalamt hat elektronisch an eine vom Bundeskriminalamt zur Verfügung gestellte Schnittstelle zu erfolgen.

(6) Der Anbieter des sozialen Netzwerks informiert den Nutzer, für den der Inhalt gespeichert wurde, 4 Wochen nach der Übermittlung an das Bundeskriminalamt über die Übermittlung nach Absatz 4. Satz 1 gilt nicht, wenn das Bundeskriminalamt binnen 4 Wochen anordnet, dass die Information wegen der Gefährdung des Untersuchungszwecks, des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit oder der persönlichen Freiheit einer Person oder von bedeutenden Vermögenswerten zurückzustellen ist. Im Fall der Anordnung nach Satz 2 informiert das Bundeskriminalamt den Nutzer über die Übermittlung nach Absatz 4, sobald dies ohne Gefährdung im Sinne des Satzes 2 möglich ist.

(7) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks hat der in § 4 genannten Verwaltungsbehörde auf deren Verlangen Auskünfte darüber zu erteilen, wie die Verfahren zur Übermittlung von Inhalten nach Absatz 1 gestaltet sind und wie sie angewendet werden“.[139]

Aufgrund der Fassung der Meldepflicht ergeben sich m. E. erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, welche zum Teil auch daraus resultieren, dass gerade auch Inhalte von Nutzern in anderen EU-Mitgliedstaaten sowie Anbieter mit Sitz im EU-Ausland ebenfalls grundsätzlich der Meldepflicht an das Bundeskriminalamt unterliegen. Im Übrigen sind solche gesetzlichen Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, das Fernmeldegeheimnis oder auch das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme am Grundsatz der Normenklarheit und Bestimmtheit zu messen. Dieser Grundsatz dient der Vorhersehbarkeit von Eingriffen für die Bürgerinnen und Bürger, einer wirksamen Begrenzung der Befugnisse gegenüber der Verwaltung sowie der Ermöglichung einer effektiven Kontrolle durch die Gerichte.[140] Der Gesetzgeber hat Anlass, Zweck und Grenzen des Eingriffs hinreichend bereichsspezifisch, präzise und normenklar festzulegen.[141]

139 BT-Drs. 19/17741, S. 12 f.

140 Vgl. BVerfG NJW 2016, 1781, 1783, Rn. 94 mwN.

141 Ausführl. BVerfG NJW 2008, 822, 828 Rn. 209 ff.; siehe auch *Härting/Tekin*, IPRB 2020, 69 ff. sowie, *Liesching*, beck-blog Beitrag vom 6. 1. 2020.

bb) Erweiterung / Konkretisierung des Rechtsbegriffs der „Beschwerde“

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist darüber hinaus eine in den Bestimmungen der Anwendungsbereichsregelungen des § 1 NetzDG angefügte Vorschrift eines Absatzes 4 mit folgendem Wortlaut:

> „(4) Eine Beschwerde über rechtswidrige Inhalte ist jede Beanstandung eines Inhaltes mit dem Begehren der Entfernung des Inhaltes oder der Sperrung des Zugangs zum Inhalt, es sei denn, dass mit der Beanstandung erkennbar nicht geltend gemacht wird, dass ein rechtswidriger Inhalt vorliegt“.[142]

Denn hierdurch wird voraussichtlich gegenüber der bisherigen Praxis großer Netzwerke der Umfang strafrechtlicher Prüfungen bei beschwerdegegenständlichen Inhalten erheblich erweitert. Bislang wurden namentlich von den drei Sozialen Netzwerken Facebook, Youtube und Twitter die meisten der erfolgten Löschungen auf eine Verletzung von Community-Standards gestützt, sodass sich eine Notwendigkeit der Prüfung und Begründung eines (zusätzlichen) Verstoßes gegen einen der NetzDG-Straftatbestände nicht mehr ergab. Dies ändert sich nun voraussichtlich aufgrund der weiten Fassung des § 1 Abs. 4 NetzDG und dem Erfordernis einer Meldung aller beschwerdegegenständlichen gelöschten Inhalte, sofern dies strafbaren Inhaltes sein können. Entsprechend wird auch in der Begründung zu § 1 Abs. 4 NetzDG-E ausgeführt:

> „Mit Blick auf die neu zu schaffende Meldepflicht nach § 3a wird durch die Begriffsdefinition der „Beschwerde über rechtswidrige Inhalte“ sichergestellt, dass in den Fällen, in denen ein Nutzer eine Beschwerde im Sinne des NetzDG absetzt, sich bei Löschung durch das soziale Netzwerk in jedem Fall die Prüfung der Meldepflicht anschließt. Der Maßstab, nach dem die Löschung erfolgt – Community-Standards oder NetzDG-Katalog – ist für die sich anschließende Prüfung der Meldepflicht unerheblich“.[143]

cc) Entwurfsbegründung zur Beachtung des Herkunftslandprinzips

In der Begründung des Entwurfs wird mit Blick auf die Beachtung des Herkunftslandprinzips nach der E-Commerce-Richtlinie ebenso wie im Rahmen

142 BT-Drs. 19/17741, S. 12 f.
143 Vgl. BT-Drs. 19/17741, S. 40.

des Gesetzgebungsverfahrens des NetzDG 2017[144] eine Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL angenommen. Insoweit wird im Wortlaut ausgeführt:

> „Auch Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe a der Richtlinie erlaubt den Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen, angemessene Maßnahmen zum Schutz der öffentlichen Ordnung, insbesondere Verhütung, Ermittlung, Aufklärung und Verfolgung in Bezug auf Straftaten, einschließlich des Jugendschutzes und der Bekämpfung der Hetze aus Gründen der Rasse, des Geschlechts, des Glaubens oder der Nationalität, sowie von Verletzungen der Menschenwürde einzelner Personen gegen Diensteanbieter aus anderen Mitgliedstaaten zu ergreifen".[145]

c) Novellierungsvorschlag des NetzDG-ÄndG-Entwurfs

Die Bundesregierung hat einen weiteren Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (hier: NetzDG-ÄndG-E)[146] vorgelegt, der im Notifizierungsverfahren befindlich ist.[147] Neben Erweiterungen der Berichtspflichten für Soziale Netzwerke (§ 2 NetzDG), einem Ausbau des Meldeverfahrens hinsichtlich der Unterrichtungs- und Beteiligungspflichten Betroffener sowie einer Erweiterung der Aufsichtsbefugnisse des Bundesamts für Justiz sollen die Änderungen im Wesentlichen der Umsetzung der AVMD-RL dienen.[148] Insoweit werden besondere Bestimmungen für Videosharingplattform-Dienste (§ 3d NetzDGÄndG-E) eingeführt, welche freilich nach § 3e NetzDGÄndG-E speziellen Geltungsbereichsregelungen unterliegen sollen, die sich an §§ 28a, 28b AVMD-RL orientieren.[149] Die Absätze 1 bis 3 des § 3e NetzDGÄndG-E haben den nachfolgenden Wortlaut:

144 Siehe bereits zur Begründung der Beachtung des Herkunftslandprinzips im Rahmen der Einführung des NetzDG oben Punkt II.4.a)aa).

145 Vgl. BT-Drs. 19/17741, S. 20.

146 Die diesseitig vorliegende Entwurfsfassung weist als Bearbeitungsstand den 27. 03. 2020, 11:57 Uhr aus; krit. hierzu *Spiegel/Heymann*, K&R 2020, 344, 346 ff.

147 Notifizierungsnummer: 2020/174/D (Deutschland); Eingangsdatum: 30/03/2020; Ende der Stillhaltefrist: 01/07/2020; abrufbar unter https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2020&num=174&mLang=DE

148 Siehe hierzu auch den Überblick bei *Härting/Tekin*, IPRB 2020, 69 ff.

149 Vgl. Begründung des NetzDGÄndG-Entwurf der Bundesregierung, S. 56: „§ 3e Absatz 3 NetzDG setzt die durch Artikel 28a und 28b AVMD-RL vorgegebene europarechtliche Mindestharmonisierung von Compliance-Pflichten für Videosharingplattform-Dienste sowie die diesbezüglich eingeführten Zuständigkeitsregelungen um".

„(1) Für Anbieter von Videosharingplattform-Diensten gilt dieses Gesetz, sofern sich aus den Absätzen 2 und 3 nichts Abweichendes ergibt.

(2) Für Anbieter von Videosharingplattform-Diensten, die im Inland weniger als zwei Millionen registrierte Nutzer haben, gilt dieses Gesetz nur, wenn die Bundesrepublik Deutschland nach § 3d Absatz 2 und 3 Sitzland ist oder als Sitzland gilt. Dieses Gesetz gilt für sie nur im Hinblick auf nutzergenerierte Videos und Sendungen nach § 3d Absatz 1 Nummer 2 und 3, welche Inhalte haben, die den Tatbestand der §§ 111, 130 Absatz 1 oder 2, der §§ 131, 140, 166 oder 184b in Verbindung mit 184d des Strafgesetzbuches erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Abweichend von § 1 Absatz 2 sind diese Anbieter von Videosharingplattform-Diensten von den Pflichten nach den §§ 2, 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 und 4 sowie Absatz 4 und § 3a befreit.

(3) Für Anbieter von Videosharingplattform-Diensten, bei denen gemäß § 3d Absatz 2 und 3 ein anderer Mitgliedstaat als die Bundesrepublik Deutschland Sitzland ist oder als Sitzland gilt, gelten im Hinblick auf die in Absatz 2 Satz 2 genannten nutzergenerierten Videos und Sendungen die Pflichten nach den §§ 2, 3 und 3b nur auf der Grundlage und im Umfang einer Anordnung der in § 4 genannten Behörde. Die Anordnung darf nur ergehen, soweit die Voraussetzungen des § 3 Absatz 5 des Telemediengesetzes vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179), das zuletzt durch … [Artikel 5 des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, Bundesratsdrucksache 87/20] geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung erfüllt sind und unter Beachtung der danach erforderlichen Verfahrensschritte. Die in § 4 genannte Verwaltungsbehörde kann eine Stelle mit der Prüfung beauftragen, ob die Voraussetzungen des § 3 Absatz 5 Satz 1 des Telemediengesetzes vorliegen".

In der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung wird ausdrücklich auf die aus dem Herkunftslandprinzip resultierende vorrangige Zuständigkeit des jeweiligen Sitzlandes (nach Art. 28a Abs. 1 AVMD-RL) Bezug genommen. Befinde sich der Sitz danach in einem anderen EU-Mitgliedstaat, biete der betreffende Anbieter seine Dienste aber auch in Deutschland an, so könne sich – im Bereich von den der Mindestharmonisierung unterliegenden Inhalte und Anbieter – „eine Zuständigkeit der deutschen Behörden am sog. Marktort (sog. Marktortprinzip) nur noch in Fällen besonderer Erforderlichkeit, und grundsätzlich erst nach Durchlaufen eines Konsultationsverfahrens mit dem jeweiligen Sitzland ergeben (Artikel 28a Absatz 5 AVMD-RL i.V.m. Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-RL)".[150] Die „Voraussetzungen und notwendige Verfahrensschritte für ein Tätigkeitwerden des Bundesamtes für Justiz" ergäben sich nach der Entwurfsbegründung der Bundesre-

150 Vgl. Begründung des NetzDGÄndG-Entwurf der Bundesregierung, S. 56.

gierung „insofern aus § 3 Absatz 5 TMG, der wiederum Artikel 3 Absatz 4 E-Commerce-RL umsetzt und auf den Bezug genommen wird“.[151]

Indes ergeben sich aus der Entwurfsbegründung keine Ausführungen dazu, weshalb die grundsätzlich für alle Sozialen Netzwerke (Telemedien) anwendbaren Regelungen des § 3 Absatz 5 TMG und Art. 3 Abs. 4 ECRL ein Tätigwerden des BfJ nur bei Videosharingplattform-Diensten beschränken sollen und nicht bei allen Normadressaten nach § 1 Abs. 1 NetzDG, soweit sie als Telemedienanbieter in anderen EU-Mitgliedstaaten niedergelassen sind.[152]

d) Unionsrechtliche Bewertung bzgl. Herkunftslandprinzip

aa) NetzDG de lege lata und nach GBRH-Entwurf

Wie bereits dargelegt worden ist, beruft sich der Gesetzgeber sowohl hinsichtlich der aktuellen Fassung des NetzDG als auch im Rahmen des GBRH-Entwurfs auf die Ausnahme vom Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 4 a) Ziff. i ECRL.[153] Dabei wird verkannt, dass die Ausnahme nur Maßnahmen für den Einzelfall gegen einen „bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft“ erlaubt, hingegen keine abstrakt-generellen Gesetzesregelungen gegen eine Vielzahl von Anbietern. Ausweislich der Amtlichen Begründung wird gleichwohl eine semantische Umgehung bei der Auslegung derart versucht, dass die geregelten Compliance-Pflichten sozialer Netzwerke „spezielle Dienste der Informationsgesellschaft“ beträfen. Insoweit wird indes zu Recht von der herrschenden Meinung bezweifelt, dass die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG Maßnahmen gegen ganze Klassen oder Gruppen von Diensteanbietern – etwa „soziale Netzwerke“ i.S.d. § 1 Abs. 1 NetzDG – legitimieren kann.[154]

151 Vgl. Begründung des NetzDGÄndG-Entwurf der Bundesregierung, S. 56 f.

152 Hierauf hinweisend *Härting/Tekin*, IPRB 2020, 69, 71.

153 Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 14.

154 Vgl. *Nordmeier* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 27; ebenso *Altenhain* in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 52; *Böse* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB – Kommentar, 5. Aufl. 2017, Vor § 3 ff. StGB Rn. 39; *Eifert*, in; Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 9, 24; *Feldmann,* K&R 2017, 292, 296; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen,* K&R 2017, 433 f.; *Handel*, MMR 2017, 227,

Dass entgegen der Annahme des Gesetzgebers Art. 3 Abs. 4 a) Ziff. i ECRL nur im Einzelfall Maßnahmen gegen einen bestimmten Diensteanbieter ermöglicht, entspricht – wie oben dargelegt[155] – auch der ausdrücklichen Auslegung der EU-Kommission[156] sowie der jüngeren Rechtsprechung des EuGH.[157] Schließlich bestätigt auch die rechtsmethodische Auslegung nach dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL sowie die teleologische und systematische Auslegung die Ansicht der EU-Kommission,[158] womit indes die pauschalisierende Ausnahmenannahme des Gesetzgebers des NetzDG nicht vereinbar erscheint.

Überdies ist fraglich, ob die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 3 Abs. 5 S. 2 ECRL gegenüber den betroffenen Mitgliedstaaten und der EU-Kommission eine konkrete Mitteilung über die Annahme der Ausnahme vom Herkunftslandprinzip unter Darlegung hinreichender Gründe eines „dringlichen Falls“ vorgenommen hat. Das Bundesjustizministerium hat in einer Auskunft vom 6. 2. 2020 mitgeteilt, dass über das Notifizierungsverfahren[159] hinaus keine eigenständige weitere Mitteilung erfolgt sei, da man davon ausgehe, dass die dort im Rahmen des Gesetzesentwurfs und der Begründung mitgeteilten Informationen zugleich die Voraussetzungen einer Mitteilung nach Art. 3 Abs. 5 S. 2 ECRL erfüllten.[160]

230; *Heckmann*, Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn. 207; *Hoven/Gersdorf*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Edition, Stand: 01. 05. 2019, § 1 NetzDG Rn. 9; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29 f.; *ders.* in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 1 NetzDG Rn. 13 ff.; *Marly* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 20. Aufl. 2009, Art. 3 ECRL Rn. 21 ff.; *Müller-Broich*, TMG – Kommentar, 2012, § 3 Rn. 21; *Naskret*, Das Verhältnis zwischen Herkunftslandprinzip und Internationalem Privatrecht in der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 40; *Ohly*, WRP 2006, 1401, 1405; *Spindler* in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 55 ff.; *ders.*, ZUM 2017, 473, 474 ff.; *ders.*, K&R 2017, 533, 535 f.; *Weller*, in Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, 26. Edition 2019, § 3 TMG Rn. 32; *Wimmers/Heymann,* AfP 2017, 93, 96 f.; s. auch VG Neustadt, Urt. v. 16. 12. 2009 – 4 K 694/09, BeckRS 2010, 45399 Rn. 53.

155 Siehe oben Punkt II.3.b).

156 Vgl. KOM(2003) 259 endg. v. 14. 5. 2003, S. 2 f.

157 EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 84, MMR 2020, 171, 174 sowie oben Punkt B.3.a)bb).

158 Siehe hierzu oben Punkt II.4.

159 Vgl. Notifizierungsverfahren Nr. 2017/127/D gemäß EU-Richtlinie 2015/1535.

160 Wortlaut der Auskunft des BMJV vom 6. 2. 2020 gegenüber dem Verf.: „Die Mitteilung an die EU-Kommission erfolgte am 27. März 2017 im Rahmen des Notifizierungsverfahrens nach der Richtlinie (EU) 2015/1535. Art. 3 Abs. 5 S. 2 der Richtlinie 2000/31/EG sieht für die Mitteilung keine bestimmte Form vor. Sowohl mit der EU-Kommission als auch mit

Insoweit erscheint indes gerade im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EuGH[161] zweifelhaft, ob das bloße Notifizierungsverfahren als eine solche hinreichende Mitteilung nach Art. 3 Abs. 5 S. 2 ECRL angesehen werden kann, da die Prüfpflichten bei der Notifizierung anders ausgestaltet sind und gerade – im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 6 ECRL – eine Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität durch die EU-Kommission nicht zwingend „innerhalb kürzestmöglicher Zeit" voraussetzt. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, ob die EU-Kommission eine Prüfung des NetzDG im Rahmen des Art. 3 Abs. 6 ECRL vorgenommen und von einer Unionsrechtskonformität ausgegangen ist.

Überdies ist zu prüfen, ob der Satz in der Begründung des NetzDG-Entwurfs 2017 „Ein sofortiges Handeln ist zur effektiven Bekämpfung von Hasskriminalität und weiterer objektiv strafbarer Handlungen im Internet dringend geboten",[162] eine hinreichende „Angabe von Gründen" für einen dringlichen Fall nach Art. 3 Abs. 5 S. 2 ECRL darstellt, welche ein ausnahmsweises Abweichen von den strengen Unterrichtungspflichten des Art. 3 Abs. 4 b) ECRL legitimieren kann. Denn die „Bekämpfung von Kriminalität und strafbarer Handlungen" ist schon materielle Voraussetzung, eine Ausnahme von dem Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 4 a) i) 1. Spiegelstrich ECRL zu begründen. Namentlich muss hiernach eine Maßnahme zur „Verfolgung von Straftaten" erforderlich sein. Insoweit scheint zweifelhaft, ob es hinreicht, dieselbe Begründung, welche erst die Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 ECRL erfüllen kann, zugleich bzw. nochmals für die engen Ausnahmen eines „dringlichen Falls" nach Art. 3 Abs. 5 S. 1 ECRL genügen zu lassen. Denn andernfalls würden die strengen Unterrichtungspflichten des Art. 3 Abs. 4 b) ECRL nie Anwendung finden, wenn schon das Vorliegen eines bloßen Ausnahmegrundes einer erforderlichen Strafverfolgung zugleich eo ipso einen „dringlichen Fall" begründen könnte.

Die EU-Kommission hat auf die erheblichen Folgen einer nicht ordnungsgemäßen Beachtung von Unterrichtungspflichten in seiner Mitteilung zur Auslegung von Art 3 Abs. 4 bis 6 hingewiesen: „Unterlässt es ein Mitgliedstaat, die

Vertretern der Republik Irland wurden ausführliche Gespräche geführt, die insbesondere die europarechtlichen Aspekte des Gesetzgebungsvorhabens betrafen. Die EU-Kommission hat keine Aufforderung übermittelt, von der Verabschiedung des Gesetzes Abstand zu nehmen".

161 EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 88 ff., MMR 2020, 171, 174 f.; siehe hierzu ausführlich oben Punkt II.3.a)cc).

162 BT-Drs. 18/12356, S. 14.

Kommission und den Herkunftsmitgliedstaat im Voraus zu unterrichten, kann die Kommission Klage gegen ihn erheben. Da die Bestimmungen über die Unterrichtungspflicht in der Richtlinie klar gefasst sind und keinen Einschränkungen unterliegen, ist es möglich, dass sie bei einem Rechtsstreit vor einem einzelstaatlichen Gericht von einer Partei herangezogen werden".[163] Welche Folgen die Nichtbeachtung von in EU-Richtlinien vorgesehenen Notifizierungs- und Konsultationspflichten hat, wurde schon im Urteil des EuGH vom 12. 9. 2019[164] deutlich. Vor allem aber wurde dann im Airbnb-Urteil des EuGH vom 19. 12. 2019 gerade in Bezug auf einen Verstoß gegen die Mitteilungspflicht des Art. 3 Abs. 4 lit b ECRL die Unanwendbarkeit nationalstaatlicher Regelungen als Grundlage für Maßnahmen gegen Anbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat ausdrücklich bestätigt.[165]

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes in der aktuellen und in der nach dem GBRH vorgesehenen Fassung mit Unionsrecht nicht vereinbar sind, soweit hiernach pauschal und ohne Ansehung des Einzelfalls auch Soziale Netzwerke mit einer Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat nach §§ 2 und 3 NetzDG und künftig auch § 3a NetzDG-E verpflichtet werden sollen, zudem einen Zustellungsbevollmächtigten nach § 5 NetzDG zu bestellen haben und der Bußgelddrohung des § 4 NetzDG über die Sanktionierung durch das Bundesamt für Justiz ausgesetzt sein sollen.

bb) NetzDG nach NetzDGÄndG-E

Mit dem in einem weiteren Entwurf der Bundesregierung gefassten § 3e NetzDGÄndG-E wird in Absatz 3 zumindest für Videosharingplattform-Dienste nun eingeräumt, dass das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL anzuwenden ist mit der Folge, dass für Anbieter mit Sitzland in einem anderen EU-Mitgliedstaat im harmonisierten Bereich der AVMD-RL das NetzDG nicht generell gilt. Insoweit wird also ausdrücklich geregelt, dass eine Pauschalgeltung nach dem so genannten „Marktortprinzip" gerade nicht auf die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL gestützt werden kann. Vielmehr erfolgt nun die Anwendung

163 Vgl. KOM(2003) 259 endg. v. 14. 5. 2003, S. 7

164 Vgl. EuGH, Urt. v. 12. 9. 2019 C-299/17 – VG Media./.Google LLC, ZUM 2019, 838 ff. m. Anm. *Heinze*; siehe zur Notifizierungspflicht nach Art. 5 RL 2015/1535 sowie zu Rechtsfolgen von Verstößen unten Punkt V.1.d).

165 EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 88 ff., MMR 2020, 171, 174 f.; siehe hierzu ausführlich oben Punkt II.3.a)cc).

gemäß der Ausnahme nach Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL (entspricht § 3 Abs. 5 TMG-E) unionsrechtskonform nur im Einzelfall unter strengen Voraussetzungen und Unterrichtungspflichten gegenüber der EU-Kommission, wenn eine Anordnung des Bundesamtes für Justiz vorliegt. In der Begründung des Entwurfs wird Bezug genommen auf Artikel 28a Absatz 5 AVMD-RL, der auf die Geltung des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 ECRL verweist.

In der Begründung des Entwurfs wird namentlich auf die aus dem Herkunftslandprinzip resultierende vorrangige Zuständigkeit des jeweiligen Sitzlandes (nach Art. 28a Abs. 1 AVMD-RL) Bezug genommen. Befinde sich der Sitz danach in einem anderen EU-Mitgliedstaat, biete der betreffende Anbieter seine Dienste aber auch in Deutschland an, so könne sich – im Bereich von den der Mindestharmonisierung unterliegenden Inhalte und Anbieter – „eine Zuständigkeit der deutschen Behörden am sog. Marktort (sog. Marktortprinzip) nur noch in Fällen besonderer Erforderlichkeit, und grundsätzlich erst nach Durchlaufen eines Konsultationsverfahrens mit dem jeweiligen Sitzland ergeben (Artikel 28a Absatz 5 AVMD-RL i.V.m. Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie 2000/31/EG (E-Commerce-RL)".[166] Die „Voraussetzungen und notwendige Verfahrensschritte für ein Tätigkeitwerden des Bundesamtes für Justiz" ergäben sich nach der Entwurfsbegründung der Bundesregierung „insofern aus § 3 Absatz 5 TMG, der wiederum Artikel 3 Absatz 4 E-Commerce-RL umsetzt und auf den Bezug genommen wird".[167]

Es erscheint fraglich, weshalb nach dem Referentenentwurf das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL und seine engen Einzelfall-Ausnahmen nach Art. 3 Abs. 4 ECRL (entspricht § 3 Abs. 5 TMG-E) nunmehr nur bei Videosharingplattform-Diensten und nur bezogen auf AVMD-RL-harmonisierte Inhalte beachtet werden soll.[168] Art. 28a Absatz 5 AVMD-RL erstreckt für Video-Sharing-Plattform-Anbieter zwar die Geltung ausdrücklich auf das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 ECRL. Wie indes schon dargelegt worden ist, gilt das Herkunftslandprinzip ohnehin bereits für alle Sozialen Netzwerke umfassend, da diese „Dienste der Informationsgesellschaft" i.S.d. Art. 2 a) ECRL sind und – auch nach Auffassung des NetzDG-Gesetzgebers[169] – in den koordinierten Bereich fallen. Ebenso gilt § 3 Abs. 5 TMG-E unterschiedslos für alle sozialen Netzwerke und nicht nur für Video-Sharing-Plattform-Dienste.

166 Vgl. Begründung des NetzDGÄndG-Entwurf der Bundesregierung, S. 56 f.
167 Vgl. Begründung des NetzDGÄndG-Entwurf der Bundesregierung, S. 57.
168 Ebenso *Härting/Tekin*, IPRB 2020, 69, insb. 71,
169 Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 14.

e) Unionsrechtliche Bewertung bzgl. Notifizierung

aa) Notifizierung des NetzDG 2017, Inkrafttreten abweichender Fassung

Überdies ergeben sich Zweifel an einer ordnungsgemäßen Durchführung der Notifizierung der Erstentwurfsfassung des aktuell in Kraft befindlichen Netzwerkdurchsetzungsgesetzes von 2017. Denn Ende März 2017 wurde lediglich der Referentenentwurf des BMJV zu einem NetzDG in das Notifizierungsverfahren gegeben.[170] Indes weicht die später in Kraft getretene Fassung des NetzDG erheblich hiervon ab.

In den Bundestag wurde zwar ein Gesetzesentwurf durch die Bundesregierung[171] und auch inhaltsgleich durch die Regierungsfraktionen von CDU/CSU und SPD[172] eingebracht, das dem im Notifizierungsverfahren gegenständlichen BMJV-Entwurf entspricht. Das Gesetz wurde aber erst mit Änderungen der Beschlussempfehlung des BT-Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz[173] in einem umgestalteten Entwurf in das parlamentarische Verfahren gebracht und in der 244. Sitzung des Bundestages vom 30. 6. 2017 verabschiedet,[174] ehe es nach Billigung des Bundesrates[175] am 1. Oktober 2017 in Kraft getreten ist.

Die nach den Beschlüssen des BT-Rechtsausschusses vorgenommenen Änderungen des ursprünglichen BMJV-Entwurfs betrafen u. a. den Anwendungsbereich des NetzDG.[176] Insbesondere wurden „Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind", in einem neu eingefügten § 1 Abs. 1 S. 3 von dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Darüber hinaus wurde der sachliche Anwendungsbereich um

170 Vgl. des BMJV-Entwurf mit Bearbeitungsstand vom 27. 3. 2017, Notifizierungsnummer: 2017/127/D (Deutschland), Eingangsdatum: 27/03/2017, Ende der Stillhaltefrist: 28/06/2017; abrufbar unter https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/index.cfm/search/?trisaction=search.
detail&year=2017&num=127&mLang=de&CFID=2665602&CFTOKEN=e657eec98ea2b052-AE96FBFC-B2FB-F82B-D08C114CC7B379C1

171 BT-Drs. 18/12727 vom 14. 6. 2017.

172 BT-Drs. 18/12356 vom 16. 5. 2017.

173 BT-Drs. 18/13013 vom 28. 6. 2017.

174 BT-Plenarprotokoll 18/244.

175 Verzicht auf Art. 77 Abs. 2 GG, vgl. BR-Plenarprotokoll 959.

176 Vgl. BT-Drs. 18/13013, S. 5 f.

bestimmte strafbare Inhalte in § 1 Abs. 3 NetzDG erweitert.[177] Überdies ergaben sich maßgebliche Änderungen des Entwurfs bei den zentralen Bestimmungen der Compliance, insbesondere den Löschpflichten in § 3 Abs. 2 Nr. 3 sowie eine grundsätzliche Veränderung des Regulierungssystems unter Einbindung anerkannter Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle.[178]

Eine weitere Notifizierung der durch die Empfehlungen des BT-Rechtsausschusses geänderten, später im Bundestag verabschiedeten und in Kraft getretenen Entwurfsfassung des NetzDG ist nach diesseitigem Kenntnisstand nicht erfolgt.

bb) Vorgaben nach Art. 5 Abs. 1 UA 3 RL 2015/1535

Die Vorgaben der Notifizierung gesetzlicher Vorschriften für Dienste der Informationsgesellschaft ergeben sich insbesondere aus Art. 5 Abs. 1 der RL 2015/1535[179]. Dessen Unterabsatz 1 hat den nachfolgenden Wortlaut:

> „Vorbehaltlich des Artikels 7 übermitteln die Mitgliedstaaten der Kommission unverzüglich jeden Entwurf einer technischen Vorschrift, sofern es sich nicht um eine vollständige Übertragung einer internationalen oder europäischen Norm handelt; in diesem Fall reicht die Mitteilung aus, um welche Norm es sich handelt“.

Technische Vorschriften i.S.d. der Richtlinie umfassen auch Vorschriften „betreffend Dienste, einschließlich der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, deren Beachtung rechtlich oder de facto für das Inverkehrbringen, die Erbringung des Dienstes, die Niederlassung eines Erbringers von Diensten oder die Verwendung in einem Mitgliedstaat oder in einem großen Teil dieses Staates verbindlich ist“.[180] Vor diesem Hintergrund wurde das NetzDG in der Entwurfsfassung von der Bundesregierung zutreffend als notifizierungspflichtige technische Vorschrift eingestuft.

Sofern EU-Mitgliedstaaten an bereits zum Notifizierungsverfahren mitgeteilten Entwürfen wesentliche Änderungen vornehmen, ergeben sich aus der

177 Insbesondere wurden nach § 201a StGB tatbestandlich erfasste rechtswidrige Inhalte in den sachlichen Anwendungsbereich des NetzDG erweiternd aufgenommen.

178 Vgl. die synoptische Darstellung BT-Drs. 18/13013, S. 5 ff.

179 Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. L 241/1 v. 17. 9. 2015.

180 Vgl. Art. 1 Abs. 1 f) RL 2015/1535.

Richtlinie Verpflichtungen einer abermaligen Mitteilung. Diese sind namentlich in Art. 5 Abs. 1 UA 3 RL 2015/1535 geregelt wie folgt:

> „Die Mitgliedstaaten übermitteln den Entwurf der technischen Vorschriften ein weiteres Mal an die Kommission in der im Unterabsatz 1 und 2 des vorliegenden Absatzes genannten Art und Weise, wenn sie an dem Entwurf einer technischen Vorschrift wesentliche Änderungen vornehmen, die den Anwendungsbereich ändern, den ursprünglichen Zeitpunkt für die Anwendung vorverlegen, Spezifikationen oder Vorschriften hinzufügen oder verschärfen".

Auch insoweit gelten aufgrund der Verweisung in Unterabsatz 3 auf Unterabsatz 1 die weiteren Verpflichtungen aus Art. 6 RL 2015/1535. Insbesondere nehmen nach dessen Absatz 1 Mitgliedstaaten den Entwurf einer technischen Vorschrift nicht vor Ablauf von drei Monaten nach Eingang der Mitteilung gemäß Artikel 5 Absatz 1 bei der Kommission an.

cc) Bewertung

Die europarechtlichen Vorgaben zur Notifizierung bei dem aktuell in Kraft befindlichen Netzwerkdurchsetzungsgesetz sind nicht hinreichend beachtet worden. Denn insoweit ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 UA 3 RL 2015/1535 eine Pflicht zur erneuten Vorlage eines wesentlich geänderten Entwurfs einer technischen Vorschrift.

Der zunächst im Notifizierungsverfahren mitgeteilte BMJV-Entwurf der technischen Vorschrift des NetzDG ist aber jedenfalls durch die Beschlussempfehlungen des BT-Rechtsausschusses wesentlich verändert worden. Dies betrifft sogar den ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 UA 3 RL 2015/1535 genannten Fall einer Änderung des Anwendungsbereichs. Denn die durch die BT-Rechtsausschuss-Empfehlung bewirkten Änderungen der später in den parlamentarischen Prozess gegebenen Entwurfsfassung betrafen den Anwendungsbereich des Gesetzes sowohl hinsichtlich der Normadressaten (vgl. § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG) als auch hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs (vgl. § 1 Abs. 3 NetzDG.

Darüber hinaus wurden weitere Vorschriften hinzugefügt, die insbesondere die nach dem Gesetz zentralen Compliance- und Löschpflichten in § 3 NetzDG sowie die Regulierung unter Beteiligung anerkannter Selbstkontrolleinrichtungen betreffen. Die Umgestaltungen gegenüber dem ursprünglichen Entwurf stellen „Spezifikationen" und Hinzufügungen von Vorschriften i.S.d. Art. 5 Abs. 1 UA 3 RL 2015/1535 dar. Die Änderungen gegenüber dem zur Notifizierung eingereichten BMJV-Entwurf sind auch wesentlich. Sie sind auch

im Rahmen der parlamentarischen Debatte von einer Vertreterin aus der Parteifraktion der Bundesregierung als „an vielen entscheidenden Stellen deutlich verändert“ qualifiziert worden.[181]

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die durch die BT-Rechtsausschuss-Empfehlung geänderte Entwurfsfassung gemäß Art. 5 Abs. 1 UA 3 RL 2015/1535 „ein weiteres Mal an die Kommission in der im Unterabsatz 1 und 2 des vorliegenden Absatzes genannten Art und Weise“ hätte übermittelt werden müssen. Soweit ersichtlich ist dies – auch unter Einhaltung der Bestimmung des Art. 6 Abs. 1 RL 2015/1535 – nicht erfolgt. Somit liegt nach diesseitiger Einschätzung ein Verstoß gegen die Notifizierungspflichten der Richtlinie RL 2015/1535 vor.

Da die wesentlichen Änderungen aufgrund der BT-Rechtsausschussempfehlungen auch nicht in den nunmehr im Rahmen der Novellierung eingereichten neuen Entwürfen eines GBRHG[182] und eines NetzDGÄndG enthalten sind, kann auch insoweit keine Heilung der vormaligen Missachtung der Notifizierungspflicht eintreten.

Soweit die Notifizierungspflichten durch den Mitgliedstaat nicht eingehalten worden sind, führt dies nach der Rechtsprechung des EuGH zur Unanwendbarkeit der betreffenden technischen Vorschrift, auf die sich einzelne, von hierauf gestützten Maßnahmen Betroffene berufen können.[183] Da vorliegend gegen die Notifizierungspflicht nach Art. 5 Abs. 1 UA 3 RL 2015/1535 dadurch verstoßen worden ist, dass eine abermalige Übermittlung des wesentlich geänderten Entwurfs des NetzDG an die Kommission nicht erfolgt ist, bestehen erhebliche europarechtliche Bedenken gegen eine Anwendbarkeit des NetzDG de lege lata insgesamt.

---

181 Vgl. die Bewertung der stellvertretenden Vorsitzenden der CDU-CSU-Fraktion Nadine Schön, BT-Plenarprotokoll 18/244, 25121.

182 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, Notifizierungsnummer: 2020/65/D (Deutschland), abrufbar unter https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2020&num=65&mLang=de&CFID=226869&CFTOKEN=a435320674838217-37CBFF1D-FFD3-0DCC-835E60A018864684.

183 Vgl. EuGH, Urt. vom 30. 4. 1996 – Rs C-194/94 Rn. 54 – CIA Security International; siehe auch deutlich: EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 88 ff. – Airbnb Ireland, MMR 2020, 171, 174: „Unanwendbarkeit der betreffenden Regelung auf Einzelne“: siehe auch EuGH, Urt. v. 12. 9. 2019 C-299/17 Rn. 39 – VG Media./.Google LLC, ZUM 2019, 838, 843 m. Anm. *Heinze*; unter Verweis auf Urt. v. 27. 10. 2016 C-613/14 Rn. 64 – James Elliott Construction, sowie die dort angeführte Rechtsprechung.

f) Ergebnis

Die Bestimmungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes in der aktuellen und in der nach dem GBRH-E und dem NetzDGÄndG-E vorgesehenen Fassung sind mit dem Herkunftslandprinzip nach Art. 3 ECRL und § 3 TMG nicht vereinbar, soweit hiernach auch Soziale Netzwerke mit einer Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat (1.) nach §§ 2 und 3 NetzDG und künftig etwaig auch § 3a NetzDG-E generell und unabhängig von dem Einzelfall verpflichtet werden sollen, (2.) überdies einen Zustellungsbevollmächtigten nach § 5 NetzDG zu bestellen haben und (3.) der Bußgelddrohung des § 4 NetzDG über die Sanktionierung durch das Bundesamt für Justiz ausgesetzt sein sollen. Soziale Netzwerke mit Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat können sich auf die grundsätzliche Nichtgeltung des NetzDG berufen. Es bleibt dem Bundesamt für Justiz als zuständiger Behörde aber vorbehalten, unter Beachtung aller materiellen und prozeduralen Voraussetzungen nach § 3 Abs. 5 TMG bzw. Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL Maßnahmen im Einzelfall gegen einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft (Soziales Netzwerk) zu ergreifen.

Überdies ergeben sich weitere europarechtliche Bedenken hinsichtlich der Einhaltung der Anforderungen des Notifizierungsverfahrens des aktuell in Kraft befindlichen NetzDG 2017 aufgrund der Anforderungen nach RL 2015/1535[184]. Auch hierauf können sich Diensteanbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat mit Blick auf eine Unanwendbarkeit des NetzDG bei hieraufhin ergriffenen Maßnahmen berufen. Aufgrund der in Notifizierungsverfahren eingereichten Novellierungsentwürfe dürfte keine Heilung des Verstoßes gegen Art. 5 der RL 2015/1535 eintreten, da aus den Entwurfsfassungen ebenfalls nicht die nachträglich hinzugefügten und nicht notifizierten Vorschriften von 2017 ersichtlich werden.

184 Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes; Notifizierungsnummer: 2020/174/D; abrufbar unter https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/index.cfm/search/?trisaction=search.detail&year=2020&num=174&mLang=DE.

2. Medienstaatsvertrag (MStV)

a) Relevante Regelung der MPK-Beschlussfassung

aa) Anwendungsbereichsregelungen

Der Medienstaatsvertrag sieht in der von der Ministerpräsidentenkonferenz am 5. 12. 2019 beschlossenen und im Notifizierungsverfahren[185] gegenständlichen Fassung Anwendungsbereichsregelungen für Telemedien insbesondere in § 1 Abs. 7 und 8 vor. Die Bestimmungen haben den nachfolgenden Wortlaut (Fußnoten in eckigen Klammern durch Verf. hinzugesetzt):

„(7) Für Anbieter von Telemedien [186] gilt dieser Staatsvertrag, wenn sie nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen sind.

(8) Abweichend von Absatz 7 gilt dieser Staatsvertrag für Medienintermediäre[187], Medienplattformen[188] und Benutzeroberflächen[189], soweit sie zur Nutzung in Deutschland

---

185 Notifizierung gemäß RL 2015/1535, Nr. 2020/26/D (Deutschland).

186 § 2 Abs. 1 S. 3 MStV: Telemedien sind alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach Satz 1 und 2 sind

187 „Medienintermediär“ ist gem. § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV „jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen“.

188 „Medienplattform“ ist gem. § 2 Abs. 2 Nr. 14 MStV „jedes Telemedium, soweit es Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 zu einem vom Anbieter bestimmten Gesamtangebot zusammenfasst. Die Zusammenfassung von Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 ist auch die Zusammenfassung von softwarebasierten Anwendungen, welche im Wesentlichen der unmittelbaren Ansteuerung von Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien, Telemedien nach § 19 Abs. 1 oder Telemedien im Sinne des Satz 1 dienen. Keine Medienplattformen in diesem Sinne sind
a) Angebote, die analog über eine Kabelanlage verbreitet werden,
b) das Gesamtangebot von Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1, welches ausschließlich in der inhaltlichen Verantwortung einer oder mehrerer öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten oder eines privaten Anbieters von Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 oder von Unternehmen, deren Programme ihm nach § 62 zuzurechnen sind, stehen; Inhalte aus nach § 59 Abs. 4 aufgenommenen Fensterprogrammen oder Drittsendezeiten im Sinne des § 65 sind unschädlich“.

189 „Benutzeroberfläche“ ist gem. § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV „die textlich, bildlich oder akustisch vermittelte Übersicht über Angebote oder Inhalte einzelner oder mehrerer Medien-

bestimmt sind. Medienintermediäre, Medienplattformen oder Benutzeroberflächen sind dann als zur Nutzung in Deutschland bestimmt anzusehen, wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in der Bundesrepublik Deutschland richten oder in der Bundesrepublik Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen. Für die Zwecke der §§ 97 bis 100 gilt dieser Staatsvertrag für Video-Sharing-Dienste[190] im Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2010/13/EU, in der Fassung der Richtlinie (EU) 2018/1808/EU, wenn sie nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen sind; im Übrigen gilt Satz 1".[191]

Absatz 8 stellt mithin eine landesgesetzliche Abweichung von den Grundsätzen zum Herkunftslandprinzip nach § 3 TMG dar, welche teilweise als „Marktortprinzip" bezeichnet wird.[192] Im Rahmen der Anhörung zum Diskussionspapier des MStV ist teilweise darauf hingewiesen worden, dass dieses Marktortprinzip mit höherrangigem EU-Recht (Herkunftslandprinzip) „gegebenenfalls nicht in Einklang" stehen könne.[193] Gleicwohl wird hierzu auch in der Begründung von § 1 Abs. 7 und 8 in den den Landesparlamenten vorgelegten Fassungen wie folgt im Wortlaut ausgeführt (Hervorhebungen des Verf.):

„Absatz 7 legt fest, dass sich die Frage der Anwendbarkeit des deutschen Rechts bei Telemedien **grundsätzlich nach den Vorgaben des Telemediengesetzes** richtet. Der Medienstaatsvertrag gilt daher unbeschadet der Regelungen des nachfolgenden Absatzes 8 für

plattformen, die der Orientierung dient und unmittelbar die Auswahl von Angeboten, Inhalten oder softwarebasierten Anwendungen, welche im Wesentlichen der unmittelbaren Ansteuerung von Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 dienen, ermöglicht. Benutzeroberflächen sind insbesondere

a) Angebots- oder Programmübersichten einer Medienplattform,

b) Angebots- oder Programmübersichten, die nicht zugleich Teil einer Medienplattform sind,

c) visuelle oder akustische Präsentationen auch gerätegebundener Medienplattformen, sofern sie die Funktion nach Satz 1 erfüllen".

190 „Video-Sharing-Dienst" ist gem. § 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV „ein Telemedium, bei dem der Hauptzweck des Dienstes oder eines trennbaren Teils des Dienstes oder eine wesentliche Funktion des Dienstes darin besteht, Sendungen mit bewegten Bildern oder nutzergenerierte Videos, für die der Diensteanbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit bereitzustellen, wobei der Diensteanbieter die Organisation der Sendungen oder der nutzergenerierten Videos, auch mit automatischen Mitteln bestimmt".

191 Vgl. die redaktionell leicht geänderte Fassung der Entwürfe für die Zustimmung in den Landesparlamenten, z. B. Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 6 f.

192 Vgl. *Hönig d'Orville*, ZUM 2019, 104, 108.

193 Stellungnahme des Bitkom – Bundesverband Informationswirtschaft,Telekommunikation und Neue Medien e.V. vom 28. 9. 2018, S. 5 f.

alle Anbieter von Telemedien, die nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in Deutschland niedergelassen sind.

Nach Absatz 8 Satz 1 gilt dieser Staatsvertrag für Medienintermediäre, Medienplattformen und Benutzeroberflächen, soweit sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Für diese besonderen Telemedien wird somit – abweichend von der grundsätzlichen Regelung des Absatzes 7 – das sog. **Marktortprinzip** verankert. Die Verankerung des Marktortprinzips ist auch in **Ermangelung entsprechender europäischer Regelungen** und aufgrund der fehlenden Regelungskompetenz der Europäischen Union notwendig, um Medienpluralismus sowie kommunikative Chancengleichheit in Deutschland sicherzustellen (siehe zur Abgrenzung zu Video-Sharing-Diensten auch die Begründung zu § 97). Satz 2 enthält einen nicht abschließenden Kriterienkatalog, nach dem im Rahmen einer Gesamtschau die Bestimmung zur Nutzung in Deutschland zu ermitteln ist. Satz 3 stellt für Video-Sharing-Dienste klar, dass die Bestimmungen der §§ 97 bis 99 im Anwendungsbereich der AVMD-Richtlinie nur dann gelten, wenn der Video-Sharing-Dienst nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen ist".[194]

Das von den Landesgesetzgebern normierte „Marktortprinzip" wird mithin insbesondere bei dem weiten Anwendungsfall der Medienintermediäre praktisch relevant, welcher in der Regel auch Suchmaschinen und Soziale Netzwerke umfasst.[195]

bb) Gesetzliche Verpflichtungen für Medienplattformen und Medienintermediäre

Der Medienstaatsvertrag sieht in eigenen Unterabschnitten spezifische Regelungen für Medienplattformen in §§ 78 ff. MStV-E und für Medienintermediäre in §§ 91 ff. MStV-E vor. Beide Unterabschnitte enthalten dabei Bestimmungen, die geeignet sind, die freie Diensteverbreitung einzuschränken. Für Medienplattformen besteht beispielsweise gemäß § 79 Abs. 2 MStV-E eine Anzeigepflicht gegenüber der zuständigen Landesmedienanstalt mindestens einen Monat vor Inbetriebnahme. Dies wird gekoppelt mit der Pflicht zur Darlegung von Angaben, ob der Anbieter der Medienplattform anderweitige geregelte Anforderungen nach § 53 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 MStV-E erfüllt.

Auch für Medienintermediäre ergeben sich Restriktionen, welche insbesondere auch Anbieter mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat betreffen. Hierzu gehört insbesondere die Pflicht zur Bestellung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten in § 92 MStV-E mit folgendem Wortlaut:

---

194 Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 80.

195 Vgl. auch *Hönig d'Orville*, ZUM 2019, 104, 108; *Ory*, ZUM 2019, 139, 145; ferner *Weber*, ZUM 2019, 111, 114.

> „Anbieter von Medienintermediären haben im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen und in ihrem Angebot in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer Weise auf ihn aufmerksam zu machen. An diese Person können Zustellungen in Verfahren nach § 115 bewirkt werden. Das gilt auch für die Zustellung von Schriftstücken, die solche Verfahren einleiten oder vorbereiten“.[196]

Darüber hinaus bestehen gemäß § 93 MStV-E umfassende Transparenz- und Informationspflichten „zur Sicherung der Meinungsvielfalt“. Zudem wird über ein Diskriminierungsverbot in § 94 MStV-E ein regulatorischer Eingriff hinsichtlich der Gewichtung von Informationen nach Algorithmen vorgenommen. Die Vorschrift hat den nachfolgenden Wortlaut:

> „§ 94 Diskriminierungsfreiheit
>
> (1) Zur Sicherung der Meinungsvielfalt dürfen Medienintermediäre journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit sie besonders hohen Einfluss haben, nicht diskriminieren.
>
> (2) Eine Diskriminierung im Sinne des Absatzes 1 liegt vor, wenn ohne sachlich gerechtfertigten Grund von den nach § 93 Abs. 1 bis 3 zu veröffentlichenden Kriterien zugunsten oder zulasten eines bestimmten Angebots systematisch abgewichen wird oder diese Kriterien Angebote unmittelbar oder mittelbar unbillig systematisch behindern.
>
> (3) Ein Verstoß kann nur von dem betroffenen Anbieter journalistisch-redaktioneller Inhalte bei der zuständigen Landesmedienanstalt geltend gemacht werden. In offensichtlichen Fällen kann der Verstoß von der zuständigen Landesmedienanstalt auch von Amts wegen verfolgt werden“.

In der Begründung der den Landesparlementen vorgelegten Fassungen wird hierzu ausgeführt, dass Medienintermediäre „mittels der von ihnen eingesetzten technischen Mittel keinen unzulässigen Einfluss darauf ausüben“ dürften, „welche Angebote für den Nutzer auffindbar sind und welche nicht“. Eine systematische Diskriminierung liege vor, wenn „bestimmte journalistisch-redaktionelle Angebote bspw. aufgrund ihrer politischen Ausrichtung oder der Organisationsform (privat oder öffentlich-rechtlich) des Anbieters planmäßig gegenüber anderen redaktionellen Angeboten über- oder unterrepräsentiert sind“. Dauer und Regelmäßigkeit der Abweichungen bzw. Behinderung seien bei der Bewertung zu berücksichtigen.[197]

---

196 Vgl. Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 51 f. sowie S. 108, wo in der Begründung ausgeführt wird, dass die Verpflichtung für alle „in- als auch ausländische[n] Anbieter“ gilt, also auch solchein anderen EU-Mitgliedstaaten.

197 Vgl. Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 109.

b) Bemerkungen der EU-Kommission vom 27. 4. 2020

aa) Überblick

Die Kommission hat im Rahmen der Notifizierung des Medienstaatsvertrages am 27. 4. 2020 in „Bemerkungen“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 RL 2015/1535 mitgeteilt,[198] dass der MStV im Falle einer Regulierungsausrichtung auf Medienplattformen und Medienintermediäre in anderen EU-Mitgliedstaaten gegen das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) verstoßen würde. Insoweit wird davon ausgegangen, dass der MStV-Entwurf auch solchen Anbietern in anderen EU-Mitgliedstaaten nationalstaatliche Verpflichtungen auferlegen will. Insoweit heißt es im Wortlaut:

> „Im Hinblick auf den räumlichen Anwendungsbereich des notifizierten Entwurfs bestätigen die deutschen Behörden in ihrer Antwort auf das Ersuchen der Dienststellen der Kommission um ergänzende Informationen, dass bestimmte Verpflichtungen gemäß dem notifizierten Entwurf (§§ 78 ff. und 91 ff.) für Diensteanbieter (Anbieter von Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Medienintermediären) gelten würden, die einen Schwellenwert von Nutzern überschreiten, unabhängig davon, ob sie im deutschen Staatsgebiet oder in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind. Dies bedeutet, dass bestimmte Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat als Deutschland niedergelassen sind, ebenfalls erfasst werden, sofern die Zahlen von täglichen Nutzern pro Monat, denen sie einschlägige Dienste erbringen, die festgelegten Schwellenwerte überschreiten“.[199]

bb) Zur Anwendung von Art. 3 ECRL

Ausweislich der Bemerkungen der EU-Kommission sind die Länder offenbar der Ansicht gewesen, dass die E-Commerce-Richtlinie einschließlich des Herkunftslandprinzips für den Medienstaatsvertrag aufgrund der Anwendungsbereichsregelung des § 1 Abs. 6 ECRL nicht gelte. Die Norm lautet: „Maßnahmen auf gemeinschaftlicher oder einzelstaatlicher Ebene, die unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und dem Schutz des Pluralismus dienen, bleiben von dieser Richtlinie unberührt“.

198 Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 27. 4. 2020 (MSG 303 IND – 2020/0026/D); da die Mitteilung bis zum Redaktionsschluss nicht öffentlich verfügbar war, wird der Wortlaut aller Bemerkungen im Anhang unter Punkt VII 3.c) abgedruckt.

199 Vgl. Mitteilung der EU-Kommission vom 27. 4. 2020 (MSG 303 IND – 2020/0026/D); da die Mitteilung bis zum Redaktionsschluss nicht öffentlich verfügbar war, wird der Wortlaut aller Bemerkungen im Anhang unter Punkt VII 3.c) abgedruckt.

Nunmehr hat die EU-Kommission jedoch klargestellt, dass Art. 1 Abs. 6 ECRL die Regulierer des Medienstaatsvertrags nicht davon befreit, das Gemeinschaftsrecht einschließlich des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 Abs. 2 ECRL zu beachten. Im Wortlaut wird in der Mitteilung der EU-Kommission vom 27. 4. 2020 (MSG 303 IND – 2020/0026/D) ausgeführt:

> „Die deutschen Behörden machen geltend, dass der notifizierte Entwurf unter Artikel 1 Absatz 6 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr falle, wonach „Maßnahmen auf gemeinschaftlicher oder einzelstaatlicher Ebene, die unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und dem Schutz des Pluralismus dienen, von dieser Richtlinie unberührt bleiben". Um sich auf eine solche Bestimmung zu berufen, müssen die Maßnahmen tatsächlich und objektiv dem Schutz des Medienpluralismus dienen und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Maßnahme stehen. In ähnlichen, relevanten Rechtssachen hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) an die Bedingungen erinnert, die die Mitgliedstaaten erfüllen müssen, wenn sie Maßnahmen zur Sicherung des Pluralismus ergreifen, welche eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen könnte. Darüber hinaus müssen Mitgliedstaaten gemäß Artikel 1 Absatz 6, auch wenn die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Förderung des Pluralismus nicht berührt, beim Erlass solcher Maßnahmen das weitere EU-Recht beachten, zu dem auch die Bestimmungen der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gehören.
>
> Daher werden mit Artikel 1 Absatz 6 die Bestimmungen der Richtlinie (im Gegensatz zu Artikel 1 Absatz 5) nicht ausgeschlossen, sondern wird vielmehr die Bedeutung hervorgehoben, die die EU dem Schutz des Pluralismus als einem Faktor beimisst, den die Mitgliedstaaten bei der Regulierung der Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft berücksichtigen mögen (vgl. Erwägungsgrund 63 der Richtlinie)".[200]

Darüber hinaus weist die EU Kommission ausdrücklich darauf hin, dass die in dem MStV-Entwurf geregelten Telemedien einschließlich Medienplattformen und Intermediäre auch „als Dienste der Informationsgesellschaft gemäß Artikel 2 Buchstabe a (….) anzusehen sind" und auch „in den koordinierten Bereich der Richtlinie (….) fallen", sodass das Herkunftslandprinzip der E-Commerce-RL vollumfänglich zu beachten ist.

cc) Bedenken bzgl. Beachtung des Herkunftslandprinzips

Die EU Kommission gelangt zu dem Schluss, dass der Medienstaatsvertrag-Entwurf grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringern, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, Verpflichtungen auferlegt, wobei nur

200 Siehe vorherige Fn. 199.

beispielhaft auf §§ 79, 93 – 95 MStV-Entwurf Bezug genommen wird. Hierauf bezogen weist die EU-Kommission auch auf die grundsätzlich weite Auslegung des EuGH hinsichtlich der Frage hin, welche Maßnahmen das Potenzial haben, den freien Dienstleistungsverkehr zu beschränken. Vor diesem Hintergrund geht die EU-Kommission bei dem aktuellen MStV-Entwurf von einem Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip aus. Im Wortlaut wird in der Mitteilung der EU-Kommission vom 27. 4. 2020 ausgeführt:

> „Die Kommission ist auf der Grundlage der verfügbaren Informationen und vorbehaltlich der Prüfung im folgenden Abschnitt der Auffassung, dass die in dem notifizierten Entwurf enthaltenen Verpflichtungen eine Beschränkung der Freiheit der grenzüberschreitenden Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft darstellen könnten, was einen Verstoß gegen Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr darstellen würde, da sie für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft gelten würden“.[201]

Die EU-Kommission geht auch nicht davon aus, dass eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 4 ECRL vorliegen könnte. Zunächst weist sie darauf hin, dass die „deutschen Behörden“ schon gar nicht geltend gemacht haben, „dass die im notifizierten Entwurf enthaltenen restriktiven Maßnahmen, die vom Grundsatz der Herkunftslandkontrolle abweichen, gemäß Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gerechtfertigt sind“. Die Kommission sieht aber auch keine Anhaltspunkte, dass die materiellen wie prozeduralen Voraussetzungen der Ausnahme gegeben sein könnten. Daher wird in der Mitteilung der EU-Kommission vom 27. 4. 2020 weiter ausgeführt:

> „Aus den vorstehenden Erwägungen geht hervor, dass der notifizierte Entwurf geeignet ist, die freie grenzüberschreitende Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft durch Anbieter, die in anderen Mitgliedstaaten als Deutschland niedergelassen sind, einzuschränken, ohne dass die einschlägigen Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Verbot des Erlasses solcher beschränkender Maßnahmen, insbesondere die Verfahrensvorschriften nach Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b, erfüllt sind, um ein angemessenes Vorgehen der zuständigen Behörden des Herkunftsstaats bzw. der Herkunftsstaaten zu gewährleisten“.[202]

201 Siehe Fn. 199.
202 Siehe Fn. 199.

Vor diesem Hintergrund „ersucht“ die Kommission die deutschen Behörden, „die Vereinbarkeit des Entwurfs mit den in Artikel 3 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr festgelegten Bedingungen zu prüfen“.

dd) Bedenken bzgl. Beachtung der AVMD-Richtlinie

Kritisch sieht die EU-Kommission auch die hinreichende Beachtung der Vorgaben zum Herkunftslandprinzip in Art. 2, 3 und 4 AVMD-RL und äußert Zweifel an der Vereinbarkeit des Medienstaatsvertrag-Entwurfs. Dabei macht die Kommission die Bedeutung des Herkunftslandprinzips auch im Rahmen der AMDL-Richtlinie wie folgt deutlich:

> „Die Artikel 3 und 4 der geänderten AVMD-Richtlinie sind einige der wichtigsten Bestimmungen dieser Richtlinie, da sie das Herkunftslandprinzip-Prinzip und die Grenzen dieses Grundsatzes festschreiben, die die Eckpfeiler der geänderten AVMD-Richtlinie sind. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich nicht um rein technische Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum bei den Umsetzungsmaßnahmen einräumen. Eine bloße Bezugnahme auf diese Bestimmungen der AVMD-Richtlinie im nationalen Recht würde daher nicht die notwendige Klarheit und Zugänglichkeit der auf nationaler Ebene geltenden Vorschriften gewährleisten, um die Rechtssicherheit bei der Anwendung der Richtlinie zu gewährleisten“.[203]

Mit Blick auf Regelungen zu Videosharingdiensten (Art. 28a und 28b AVMD-RL), ergibt sich aus der aktuellen Mitteilung der Kommission, dass vor allem die Pflicht zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten im Inland moniert worden ist und die Länder bereits zugesagt haben sollen, die Regelung ersatzlos aus dem Entwurf des Medienstaatsvertrages zu streichen. Insoweit heißt es:

> „In diesem Zusammenhang nimmt die Kommission die Zusage der deutschen Behörden in ihren Antworten zur Kenntnis, § 98 des notifizierten Entwurfs, der die Verpflichtung zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters in Deutschland betrifft, zu streichen“.[204]

Unklar bleibt unterdessen und geht auch nicht aus der Mitteilung des EU-Kommission hervor, weshalb die inhaltsgleiche Pflicht zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten im Inland für Medienintermediäre (§ 92 MStV-E) weiterhin im Entwurf enthalten ist, obwohl diese auch Dienste der Informationsgesellschaft darstellen.

203 Siehe Fn. 199.
204 Siehe Fn. 199.

c) Unionsrechtliche Bewertung bzgl. Herkunftslandprinzip

aa) MStV-Geltungserstreckung auf Soziale Netzwerke im EU-Ausland

Nach dem Wortlaut und der Systematik von § 1 Abs. 7 und 8 MStV wird zunächst in Absatz 7 der Grundsatz des Herkunftslandprinzips entsprechend § 3 Abs. 2 TMG für alle Telemedien normiert. Allerdings erfolgt dann als Ausnahme in Absatz 8 eine weitreichende Geltungsbereichserstreckung des MStV auf bestimmte Telemedien mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten. Da diese Ausnahme ausdrücklich „Medienintermediäre" betreffen soll, ist davon auszugehen, dass Soziale Netzwerke mit Sitz im EU-Ausland hiervon in der Regel erfasst sind. Denn Soziale Netzwerke können regelmäßig im Sinne der Legaldefinition des § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV als Telemedium angesehen werden, das „auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen". Im Übrigen soll die Geltungsbereichserstreckung nach § 1 Abs. 8 S. 3 2.Hs. MStV auch Video-Sharing-Dienste umfassen, soweit dies nicht „Zwecke der §§ 97 bis 100 MStV" betrifft.[205]

bb) Anwendung der AVMD-RL auf soziale Netzwerke

Wie bereits unter Punkt II. dargelegt worden ist, findet die AVMD-RL einschließlich der Regelungen zum Sendestaatprinzip (Art. 3) und für strengere Empfangsstaat-Regulierung (Art. 4) Anwendung auf „audiovisuelle Mediendienste". Solche setzen aber nach der Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 a) i) AVMD-RL stets die Bereitstellung der Diensteinhalte „unter der redaktionellen Verantwortung eines Mediendiensteanbieters" und zudem als Abrufdienst nach Art. 1 Abs. 1 g) AVMD-RL einen „vom Mediendiensteanbieter festgelegten Programmkatalog" voraus. Beide Voraussetzungen sind bei Sozialen Netzwerken regelmäßig nicht erfüllt, die diese lediglich als Plattform Drittinhalte bereitstellen und diese weder redaktionell bearbeiten oder auch nur von den Inhalten Kenntnis nehmen, noch eine Rubrizierung im Sinne eines Pro-

205 §§ 97 bis 100 MStV (insb. Werbevorschriften, die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten und Nutzung einer Schlichtungsstelle) gelten nach § 1 Abs. 8 S. 3 1. Hs. MStV nur für Video-Sharing-Dienste, wenn sie nach § 2a TMG in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen sind.

grammkatalogs vornehmen. Mithin stellen Soziale Netzwerke (bzw. „Intermediäre“ in der Diktion des MStV) keine audiovisuellen Mediendienste i.S.d. AVMD-RL dar. Für sie finden die Bestimmungen der AVMD-RL grundsätzlich keine Anwendung.

Eine Ausnahme ergibt sich nur im Rahmen der Art. 28a, 28b AVMD-RL für Video-Sharing-Plattform-Anbieter. Für diesen beschränkten Normadressatenkreis von VSP-Diensteanbietern hält die AVMD-RL in den genannten beiden Artikeln Sonderbestimmungen bereit. Allerdings wird dort gerade in Bezug auf die Sitzlandbestimmung und das Herkunftslandprinzip auf die Anwendung der Bestimmungen der ECRL verwiesen (Art. 28a Abs. 1 und Abs. 5 AVMD-RL).[206]

cc) Anwendung der ECRL auf Soziale Netzwerke

Aus den vorstehenden Darlegungen resultiert für Soziale Netzwerke eine exklusive Anwendung der Vorgaben der ECRL. Für Video-Sharing-Plattform-Anbieter ergibt sich dies aus den Verweisungen auf die ECRL in Art. 28a Abs. 1 und Abs. 5 AVMD-RL. Für die übrigen Sozialen Netzwerke ergibt sich dies aus der unmittelbaren Geltung der E-Commerce-Richtlinie für alle Dienste der Informationsgesellschaft i.S.d. Art. 2 a) ECRL.

Bestätigt wird dieses Auslegungsergebnis auch durch die Konkurrenzregelung des Art. 4 Abs. 7 ECRL.[207] Denn nach dessen Satz 1 findet die ECRL stets Anwendung, soweit in der vorliegenden Richtlinie nichts anderes vorgesehen ist. Dies ist bei Sozialen Netzwerken der Fall. Und auch aus der Kollisionsnorm des Art. 4 Abs. 7 S. 2 AVMD-RL ergibt sich für Video-Sharing-Plattform-Anbieter nicht anderes, da Art. 28a Abs. 1 und 5 AVMD-RL hinsichtlich der Sitzlandbestimmung und des Herkunftslandprinzips ausdrücklich auf die Geltung der ECRL verweisen. Mithin sind bei allen „Medienintermediären“ i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV einschließlich bei sozialen Netzwerken die Vorgaben der ECRL vollumfänglich zu beachten, insbesondere auch Art. 3 (Herkunftslandprinzip).

206 Art. 28a Abs. 5 AVMD-Rl verweist explizit auf Art. 3 ECRL.
207 Siehe hierzu auch oben Punkt III.1.d).

dd) Beachtung der Vorgaben des Art. 3 ECRL

In der Vorschrift zur Geltungserstreckung des Medienstaatsvertrags auf Intermediäre mit Sitz im EU-Ausland finden sich nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 8 MStV keine Verweise auf die Anwendung von Art. 3 ECRL. Ebenso wird nach dem Wortlaut nicht ausgeführt, dass die entsprechende Norm des § 3 Abs. 2 und 5 TMG Anwendung findet. Indes sind diese Bestimmungen nach den vorstehenden Ausführungen zu beachten. Sie stehen – wie bereits dargelegt[208] – einer abstrakt-generellen gesetzlichen Regelung zur Erstreckung nationaler Restriktionen auf eine Vielzahl von Diensteanbietern entgegen. Insbesondere erlauben Art. 3 Abs. 4 ECRL und § 3 Abs. 5 TMG sowohl nach der Auslegung der EU-Kommission[209] und der ganz herrschenden Meinung[210] als auch nach den rechtsmethodischen Auslegungsgrundsätzen[211] nur einzelfallbezogene Maßnahmen gegen „einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft", hingegen nicht pauschal gegen ganze Gruppen von Diensteanbietern wie z. B. Intermediäre bzw. Soziale Netzwerke.

Überdies ergibt sich weder aus Art. 3 ECRL noch aus § 3 TMG, dass eine Abweichung von dem Herkunftslandprinzip zugunsten eines gegenteiligen „Marktortprinzips" i.S.d. 1 Abs. 8 MStV dann möglich sein soll, soweit Dienste von Intermediären „zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind".[212] Vor allem aber kann das Kriterium einer Nutzungsausrichtung auf ein bestimmtes Empfangsland nicht per se die in Art. 3 Abs. 4 ECRL und § 3 Abs. 5 TMG

---

208 Siehe hierzu oben Punkt III.3. und 4.

209 KOM(2003) 259 endg. v. 14. 5. 2003, S. 2.

210 Ganz h.M., vgl. *Altenhain* in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 52; *Böse* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB – Kommentar, 5. Aufl. 2017, Vor § 3 ff. StGB Rn. 39; *Eifert*, in; Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 9, 24; *Feldmann,* K&R 2017, 292, 296; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen,* K&R 2017, 433 f.; *Handel*, MMR 2017, 227, 230; *Heckmann*, Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kap. 1 Rn. 207; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29 f.; *ders.* in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 1 NetzDG Rn. 13 ff.; *Marly* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 20. Aufl. 2009, Art. 3 ECRL Rn. 21 ff.; *Müller-Broich*, TMG – Kommentar, 2012, § 3 Rn. 21; *Naskret*, Das Verhältnis zwischen Herkunftslandprinzip und Internationalem Privatrecht in der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 40; *Nordmeier* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Teil 12 § 3 Rn. 27 f.; *Ohly*, WRP 2006, 1401, 1405; *Spindler* in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 3 TMG Rn. 55 ff.; *ders.*, ZUM 2017, 473, 474 ff.; *ders.*, K&R 2017, 533, 535 f.; *Weller*, in Gersdorf/Paal, BeckOK InfoMedienR, 26. Edition 2019, § 3 TMG Rn. 32; *Wimmers/Heymann,* AfP 2017, 93, 96 f.s. auch VG Neustadt, Urt. v. 16. 12. 2009 – 4 K 694/09, BeckRS 2010, 45399 Rn. 53.

211 Siehe hierzu oben Punkt II.4.

212 Siehe hierzu auch sogleich unten Punkt V.2.b)ee).

abschließend geregelten engen Ausnahmevoraussetzungen unterminieren. In den Erwägungsgründen zu Art. 3 Abs. 3 und 4 wird mehrfach und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Mitgliedstaaten in Abweichung vom Herkunftslandprinzip nur „unter den in dieser Richtlinie festgelegten Bedingungen" Maßnahmen ergreifen dürfen.[213]

Auch der EuGH hat bereits klargestellt, dass nur „bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 4" ECRL Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip möglich sind. Im Übrigen lasse es Art. 3 der Richtlinie jedoch „nicht zu, dass der Anbieter eines Dienstes des elektronischen Geschäftsverkehrs strengeren Anforderungen unterliegt, als sie das im Sitzmitgliedstaat dieses Anbieters geltende Sachrecht vorsieht".[214] Indes würde § 1 Abs. 8 MStV nach seinem Wortlaut gerade eine solche unzulässige Erstreckung des Sachrechts des Medienstaatsvertrags auf Intermediäre in anderen EU-Sitzmitgliedstaaten ohne Beachtung der Ausnahmevoraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 ECRL bedeuten. Vor diesem Hintergrund scheint die Regelung des § 1 Abs. 8 MStV mit den unionsrechtlichen Vorgaben eher nicht vereinbar zu sein.

ee) Kriterium der Bestimmung zur Nutzung in Deutschland

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Missbrauchsrechtsprechung des EuGH, auf die in den Erwägungsgründen der ECRL Bezug genommen wird. Denn diese setzt für Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip im Gegensatz zu § 1 Abs. 7 MStV nicht nur eine – wie auch immer geartete – Nutzungsausrichtung auf einen anderen EU-Mitgliedstaat voraus. Vielmehr sind hiernach mögliche Ausnahmen zum einen wesentlich enger, zum anderen entheben sie nicht von der Pflicht zur Erfüllung der weiteren Voraussetzungen und Konsultationspflichten in Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL, sofern für den Einzelfall Maßnahmen gegen einen bestimmten Dienst ergriffen werden sollen.

So betont Erwägungsgrund 57 der ECRL mit Blick auf eine nach dem EuGH[215] zulässige Missbrauchsausnahme folgende Anforderungen:

- Zunächst ist hiernach schon keine abstrakte und pauschale Geltungserstreckung auf eine Vielzahl von Diensteanbietern (Intermediäre) möglich,

213 Vgl. z. B. Erwägungsgrund 24 der ECRL.
214 EuGH, Urt. v. 25. 10. 2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137, 141 Abs. 66, 67 m. Anm. *Brand*, NJW 2012, 127 ff.
215 Siehe insb. EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 26.

sondern nur eine einzelfallbezogene Maßnahme gegen „einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Diensteanbieter“ (Hervorhebung des Verf.).[216]

- Zudem muss die „Tätigkeit“ des betreffenden Diensteanbieters „ausschließlich oder überwiegend“ auf das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates „ausgerichtet“ sein (Hervorhebung des Verf.).[217] Dies ist bei international agierenden Intermediären und Sozialen Netzwerken i. d. R. schon nicht der Fall, da sie grundsätzlich gleichermaßen in vielen Ländern die Dienste zur Nutzung in vergleichbarem Umfang und ähnlicher Ausrichtung bereithalten.
- Schließlich ist im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH[218] nachzuweisen, dass „die Niederlassung gewählt wurde, um die Rechtsvorschriften zu umgehen, die auf den Anbieter Anwendung fänden, wenn er im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats niedergelassen wäre“ (Hervorhebung des Verf.).[219] Wie bereits dargelegt worden ist,[220] sind die Beweisanforderungen nach dem Beschluss der EU-Kommission vom 31. 1. 2018[221] sehr hoch. Nur allgemeine oder ungenaue Argumente des sich auf die Ausnahme des Art. 4 Abs. 4 AVMD-RL berufenden Mitgliedstaats können nach dem Beschluss der EU-Kommission nicht als Beweis herangezogen werden.[222] Überdies soll der durch Empfangsstaat-Maßnahmen betroffene Anbieter grundsätzlich nicht verpflichtet sein, seine Wahl eines anderen Mitgliedstaats zur Niederlassung zu begründen.[223]

Die genannten Einschränkungen des EuGH und der EU-Kommission für die unionsrechtliche Zulässigkeit von Ausnahmen aufgrund missbräuchlicher Sitzlandwahl bzw. Diensteausrichtung auf einen anderen Empfangsstaat finden sich in der Regelung des § 1 Abs. 8 MStV nicht wieder. Sie werden zugunsten einer pauschalen „Nutzungsausrichtung“ auf Deutschland negiert, wobei schon auf das unionsrechtliche Erfordernis einer „ausschließlichen oder überwiegenden“ Ausrichtung bzw. Nutzungsbestimmung verzichtet wird.

---

216 Vgl. Erwägungsgrund 57 der ECRL.
217 Vgl. Erwägungsgrund 57 der ECRL.
218 Vgl. EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 26.
219 Vgl. Erwägungsgrund 57 der ECRL.
220 Siehe hierzu oben Punkt III.3.b).
221 KOM(2018) 532 final v. 31. 1. 2018, Abs. 24.
222 Vgl. KOM(2018) 532 final v. 31. 1. 2018, Abs. 26.
223 KOM(2018) 532 final v. 31. 1. 2018, Abs. 24.

Vor diesem Hintergrund scheint § 1 Abs. 8 MStV – ungeachtet der Nichtbeachtung der Vorgaben des Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG – auch mit den unionsrechtlichen Anforderungen der Ausnahme einer missbräuchlichen Sitzlandwahl nicht vereinbar. Die landesgesetzliche Geltungsbereichserstreckung führte im Falle ihrer Anwendung vielmehr zu einer Unterwerfung von Diensteanbietern mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten unter deutsche gesetzliche Restriktionen. Im Sinne der Rechtsprechung des EuGH würde § 1 Abs. 8 MStV es entgegen Art. 3 ECRL „nicht ermöglichen, den freien Verkehr dieser Dienste umfassend sicherzustellen, wenn die Diensteanbieter im Aufnahmemitgliedstaat letztlich strengere Anforderungen als in ihrem Sitzmitgliedstaat erfüllen müssten“.[224]

d) Ergebnis

§ 1 Abs. 8 des Medienstaatsvertrages in der von der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen und nach RL 2015/1535 notifizierten Fassung ist mit Unionsrecht nicht vereinbar. Die Regelung verstößt für Intermediäre einschließlich Soziale Netzwerke gegen die Richtlinienvorgaben zum Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL, indem sie die Ausnahmevoraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL (bzw. § 3 Abs. 5 TMG) sowie die europarechtlichen Voraussetzungen des einzelfallbezogenen Ausnahmefalls einer missbräuchlichen Sitzlandwahl nach den Vorgaben der EU-Kommission und des EuGH nicht beachtet. Die EU-Kommission teilt diese Rechtsauffassung weitgehend im Rahmen ihrer Mitteilung vom 27. 4. 2020 in „Bemerkungen“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 RL 2015/1535.

3. Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV)

a) Relevante Regelung

aa) MPK-Beschlussfassung

Im Zuge des von der Ministerpräsidentenkonferenz am 5. 12. 2019 beschlossenen Medienstaatsvertrags wird eine Novellierung des Jugendmedienschutz-

224 EuGH, Urt. v. 25. 10. 2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137, 141 Abs. 66, 67 m. Anm. *Brand*, NJW 2012, 127 ff.

Staatsvertrages (JMStV) umgesetzt, welche im Bereich der Geltungsbereichsregelung ebenfalls teilweise ein Marktortprinzip etabliert. Insoweit sollen in § 2 Abs. 1 JMStV folgende Sätze 2 und 3 angefügt werden:

> „Die Vorschriften dieses Staatsvertrages gelten auch für Anbieter, die ihren Sitz nach den Vorschriften des Telemediengesetzes sowie des Medienstaatsvertrages nicht in Deutschland haben, soweit die Angebote zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Hiervon ist auszugehen, wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in der Bundesrepublik Deutschland richten oder in der Bundesrepublik Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen".

Insoweit wird noch hinsichtlich der Sitzlandbestimmung an die Vorschriften des Telemediengesetzes (vgl. § 2a TMG[225]) angeknüpft, jedoch weicht dann die Orientierung an einer Angebotsbestimmung „zur Nutzung in Deutschland" von dem Wortlaut der Vorgaben des § 3 TMG und auch von Art. 3 ECRL und Art. 3, 4 AVMD-RL nicht unerheblich ab. Die Regelung folgte damit zunächst der Normierung in § 1 Abs. 8 MStV.[226]

bb) Ergänzung im Nachgang des MPK-Beschlusses

Allerdings wurde die Fassung des § 2 Abs. 1 S. 2 JMStV nach dem Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz noch in den Entwürfen für die Zustimmung in den Landesparlamenten geändert.[227] Über die Bestimmung zur Nutzung des Angebots in Deutschland sind nun auch die europarechtlichen Vorgaben des Herkunftslandprinzips als Geltungsvoraussetzung aufgenommen, namentlich die

> „Beachtung der Vorgaben der Artikel 3 und 4 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (ABl. L 95 vom 15. 4. 2010, S. 1), die durch die Richtlinie 2018/1808/EU (ABl. L 303 vom 28. 11. 2018, S. 69) geändert wurde, sowie des Artikels 3 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) (ABl. L 178 vom 17. 7. 2000, S. 1)".[228]

---

225 Siehe hierzu oben Punkt II.3.b)bb).
226 Siehe hierzu vorstehend Punkt V.2.
227 Vgl. die Fassung in Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 70.
228 Vgl. Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 70.

Aus der Entwurfsbegründung zu § 2 Abs. 1 S. 2 JMStV ergeben sich keine Anhaltspunkte, weshalb erst nachträglich eine entsprechende Anpassung erfolgt ist. [229]

b) Unionsrechtliche Bewertung bzgl. Herkunftslandprinzip

Wie bereits zu § 1 Abs. 8 MStV ausgeführt worden ist, konnte die zunächst in der MPK-Fassung vorgesehene, pauschale Anknüpfung an eine Bestimmung zur Nutzung eines Dienstes in Deutschland den unionsrechtlichen Vorgaben an das Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL und im Übrigen auch an das Sendestaatprinzip nach Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL nicht Rechnung tragen. Insoweit erfolgt durch die nachträgliche Ergänzung des Wortlauts des § 2 Abs. 1 S. 2 JMStV-E um die Beachtung insbesondere des Art. 3 ECRL eine maßgebliche Beschränkung. Hiernach können entsprechend den obigen Ausführungen nur noch im Einzelfall Aufsichtsmaßnahmen gegen Anbieter Sozialer Netzwerke mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten ergriffen werden, wenn die engen materiellen und prozeduralen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 4 bis 6 ECRL ausnahmsweise gegeben sind.

Des Weiteren anerkennt die neue Fassung des § 2 Abs. 1 S. 2 JMStV-E, dass Erwägungsgrund 57 der ECRL mit Blick auf eine nach dem EuGH[230] zulässige Missbrauchsausnahme derart enge Anforderungen einer missbräuchlichen Empfangslandausrichtung voraussetzt, dass eine Geltung des JMStV für Soziale Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat faktisch ausgeschlossen ist. Denn das Erfordernis der ECRL, dass die „Tätigkeit" des betreffenden Diensteanbieters „ausschließlich oder überwiegend" auf das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates „ausgerichtet" ist,[231] ist bei international agierenden Intermediären und Sozialen Netzwerken nicht gegeben.

229 Vgl. Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 117; unklar ist im Übrigen die dort ausgeführte Auffassung, dass schon „bisher" ein „Vorgehen gegen ausländische Anbieter bereits über § 20 Abs. 6 Satz 2" möglich gewesen sei, da die referenzierte Norm lediglich eine Zuständigkeitszuweisungsnorm darstellt, hingegen nicht die Geltung des JMStV im (EU-)Ausland normiert.

230 Siehe insb. EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 26.

231 Vgl. Erwägungsgrund 57 der ECRL.

Schließlich ist im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH[232] nachzuweisen, dass „die Niederlassung gewählt wurde, um die Rechtsvorschriften zu umgehen, die auf den Anbieter Anwendung fänden, wenn er im Hoheitsgebiet des ersten Mitgliedstaats niedergelassen wäre".[233] Wie bereits dargelegt worden ist,[234] sind die Beweisanforderungen nach dem Beschluss der EU-Kommission vom 31. 1. 2018[235] sehr hoch. Auch hiernach ist die Anwendung des JMStV aufgrund § 2 Abs. 1 S. 2 JMStV-E bei Anbietern Sozialer Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat in der Rechtsanwendungspraxis nahezu ausgeschlossen.

c) Annex: Unionsrechtliche Bewertung bzgl. Notifizierung

Im Gegensatz zu der letzten Novellierung des JMStV im Rahmen des 19. RfÄndStV[236] ist der aktuelle Entwurf zur Änderung des JMStV weder in der von der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen noch in der später geänderten Fassung nach RL 2015/1535[237] notifiziert worden. Insbesondere waren die vorgesehenen JMStV-Änderungen nicht in dem im Notifizierungsverfahren des Medienstaatsvertrages[238] übermittelten Entwurf enthalten.

Indes ist davon auszugehen, dass eine Notifzierung gemäß Art. 5 RL 2015/1535 erforderlich gewesen wäre, da der JMStV-Entwurf Vorschriften betreffend Dienste der Informationsgesellschaft i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit e der Richtlinie enthält. Ebenso stellt die JMStV-Novelle gerade hinsichtlich der Geltungsbereichserstreckung mit „Nutzungsbestimmung in Deutschland" gemäß § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 JMStV-E nicht bloß „eine vollständige Übertragung einer

232 Vgl. EuGH, Urt. v. 5. 10. 1994 – C-23/93, Slg. 1994, I-4795, Abs. 26.
233 Vgl. Erwägungsgrund 57 der ECRL.
234 Siehe hierzu oben Punkt III.3.b).
235 KOM(2018) 532 final v. 31. 1. 2018, Abs. 24.
236 Vgl. Notifizierungsnummer 2015/719/D (Deutschland)
237 Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft (ABl. L 241 vom 17. 9. 2015, S. 1).
238 Vgl. Notifizierungsnummer: 2020/26/D (Deutschland); notifizierter MStV-Entwurf unter https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/de/search/?trisaction=search.detail&year=2020&num=26 , zuletzt abgerufen am 4. 5. 2020.

europäischen Norm“ dar, die eine Übermittlung gemäß Art. 5 Abs. 1 RL 2015/1535 entbehrlich machen würde.

Wie bereits ausgeführt worden ist, hat der EuGH im Urteil vom 12. 9. 2019 die Rechtsfolge einer nicht vorgenommenen Notifizierung einer technischen Vorschrift in diesem Sinne nochmals betont. Ist danach eine Vorab-Übermittlung des Entwurfs an die EU-Kommission nicht erfolgt, kann die Unanwendbarkeit einer innerstaatlichen technischen Vorschrift durch einen betroffenen Anbieter in einem Rechtsstreit geltend gemacht werden.[239]

d) Ergebnis

§ 2 Abs. 1 S. 2 und 3 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages in der von der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen Fassung ist mit Unionsrecht nicht vereinbar. Die später erweiterte Fassung für die Zustimmung der Landesparlamente,[240] welche insbesondere eine Beachtung der E-Commerce-Richtlinie zwingend vorsieht, kann als unionsrechtskonform angesehen werden. Sie führt aber faktisch zu einer Nichtgeltung des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags für Soziale Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat. Überdies ist § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 JMStV-RL im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mangels Notifizierung gemäß Art. 5 RL 2015/1535 unanwendbar.

---

239 Vgl. EuGH, Urt. v. 12. 9. 2019 C-299/17 Rn. 39 – VG Media./.Google LLC, MMR 2019, 740, 742 = ZUM 2019, 838, 843 m. Anm. *Heinze*; unter Verweis auf Urt. v. 27. 10. 2016 C-613/14 Rn. 64 – James Elliott Construction, sowie die dort angeführte Rechtsprechung; EuGH, Urt. vom 30. 4. 1996 – Rs C-194/94 Rn. 54 – CIA Security International; siehe auch deutlich: EuGH, Urt. v. 19. 12. 2019 – C-390/18, Rn. 88 ff. – Airbnb Ireland, MMR 2020, 171, 174: „Unanwendbarkeit der betreffenden Regelung auf Einzelne“.

240 Vgl. Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 70.

4. Jugendschutzgesetz – Entwurf (JuSchGÄndG-E)

a) Relevante Regelungen des BMFSFJ-Referentenentwurfs

aa) Referentenentwurf vom 10. 2. 2020

Auch das Jugendschutzgesetz unterliegt aktuell einem Novellierungsprozess unter Federführung des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend. Ausweislich eines Referentenentwurfs[241] erfolgen erhebliche Ausweitungen der materiellen Jugendschutzvorschriften gerade im Bereich der Telemedien. Dies betrifft zum einen kuratierte Gesamtangebote nach einer neuen Vorschrift § 14a JuSchGÄndG-E sowie der Regelung von Vorsorgemaßnahmen für Host-Provider nach §§ 24a ff. JuSchGÄndG-E. Die Vorschriften der §§ 14a und 24a JuSchGÄndG-E haben den nachfolgenden Wortlaut:

§ 14a Kennzeichnung bei Film- und Spielplattformen

(1) Film- und Spielplattformen, die als Diensteanbieter Filme oder Spielprogramme in einem Gesamtangebot zusammenfassen und mit Gewinnerzielungsabsicht als eigene Inhalte nach § 7 des Telemediengesetzes zum individuellen Abruf zu einem von den Nutzerinnen und Nutzern gewählten Zeitpunkt bereithalten, müssen gemäß den Altersstufen des § 14 Absatz 2 die in der Plattform bereitgehaltenen Filme und Spielprogramme im Falle einer Entwicklungsbeeinträchtigung mit einer entsprechenden deutlichen Kennzeichnung versehen, die
1. im Rahmen des Verfahrens des § 14 Absatz 6 oder durch eine nach § 19 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages anerkannte Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle oder
2. durch ein von den obersten Landesbehörden anerkanntes automatisiertes Bewertungssystem einer im Rahmen einer Vereinbarung nach § 14 Absatz 6 tätigen Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle vorgenommen wurde, wenn keine Kennzeichnung im Sinne des Nummer 1 gegeben ist.

§ 10b und § 14 Absatz 2a gelten entsprechend.

(1) Der Diensteanbieter ist von der Pflicht nach Satz 1 befreit, wenn die Film- oder Spielplattform im Inland weniger als eine Million Nutzerinnen und Nutzer hat.

241 BMFSFJ-Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes (JuSchGÄndG), angegebener Bearbeitungsstand: 10. 2. 2020.

§ 24a Vorsorgemaßnahmen

(1) Diensteanbieter, die fremde Informationen für Nutzerinnen und Nutzer mit Gewinnerzielungsabsicht speichern oder bereitstellen, haben unbeschadet des § 10 des Telemediengesetzes durch angemessene und wirksame strukturelle Vorsorgemaßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Schutzziele des § 10a Nummer 1 bis 3 gewahrt werden. Die Pflicht nach Satz 1 besteht nicht für Diensteanbieter, deren Angebote sich nicht an Kinder und Jugendliche richten und von diesen üblicherweise nicht genutzt werden sowie für journalistisch-redaktionell gestaltete Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden.

(2) Als Vorsorgemaßnahmen kommen insbesondere in Betracht:
   1. die Bereitstellung eines den Bestimmungen der §§ 10a Absatz 1 und Absatz 2 und 10b Absatz 1 bis Absatz 3 Satz 2 des Telemediengesetzes entsprechenden Melde- und Abhilfeverfahrens, mit dem Nutzerinnen und Nutzer folgende Beschwerden melden können:
      a) unzulässige Angebote nach § 4 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages, oder
      b) entwicklungsbeeinträchtigende Angebote nach § 5 Absatz 1 und 2 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages, die der Diensteanbieter der Allgemeinheit bereitstellt, ohne seiner Verpflichtung aus § 5 Absatz 1 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages durch Maßnahmen nach § 5 Absatz 3 bis 5 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages nachzukommen.
   2. die Bereitstellung eines Melde- und Abhilfeverfahrens mit einer für Kinder und Jugendliche geeigneten Benutzerführung, im Rahmen dessen insbesondere minderjährige Nutzer und Nutzerinnen Beeinträchtigungen ihrer persönlichen Integrität durch nutzergenerierte Informationen dem Diensteanbieter melden können.
   3. die Bereitstellung eines Einstufungssystems für nutzergenerierte audiovisuelle Inhalte, mit dem Nutzerinnen und Nutzer im Zusammenhang mit der Generierung standardmäßig insbesondere dazu aufgefordert werden, die Eignung eines Inhalts entsprechend der Altersstufe „ab 18 Jahren" als nur für Erwachsene zu bewerten.
   4. die Bereitstellung technischer Mittel zur Altersverifikation für nutzergenerierte audiovisuelle Inhalte, die die Nutzerin oder der Nutzer im Zusammenhang mit der Generierung entsprechend der Altersstufe „ab 18 Jahren" als nur für Erwachsene geeignet bewertet hat.
   5. der leicht auffindbare Hinweis auf anbieterunabhängige Beratungsangebote, Hilfe- und Meldemöglichkeiten.
   6. die Bereitstellung technischer Mittel zur Steuerung und Begleitung der Nutzung der Angebote durch personensorgeberechtigte Personen.
   7. die Einrichtung von Voreinstellungen, die Nutzungsrisiken für Kinder und Jugendliche unter Berücksichtigung ihres Alters begrenzen, indem insbesondere ohne ausdrückliche anderslautende Einwilligung
      a) Nutzerprofile weder durch Suchdienste aufgefunden werden können, noch für nicht angemeldete Personen einsehbar sind,
      b) Standort- und Kontaktdaten und die Kommunikation mit anderen Nutzerinnen und Nutzern nicht veröffentlicht werden,
      c) die Kommunikation mit anderen Nutzerinnen und Nutzern auf einen von den Nutzerinnen und Nutzern vorab selbst gewählten Kreis eingeschränkt ist,
      d) die Nutzung anonym oder unter Pseudonym erfolgt und

e) Nutzungsdaten nicht an Dritte weitergegeben werden.

8. die Verwendung von Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Anforderungen des § 10c Absatz 1 des Telemediengesetzes entsprechen und die für die Nutzung wesentlichen Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in kindgerechter Weise darstellen.

(3) Der Diensteanbieter ist von der Pflicht nach Absatz 1 und 2 befreit, wenn das Angebot im Inland weniger als eine Million Nutzerinnen und Nutzer hat.

(4) Die Bestimmungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352) und des Telemediengesetzes [vom (BGBl.)] bleiben unberührt.

Indes sind – soweit ersichtlich – in den Regelungen zum Geltungsbereich – anders als beim Medienstaatsvertrag und beim Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – keine ausdrücklichen Abweichungen von § 3 TMG und/oder Etablierungen eines Marktortprinzips vorgesehen. Überdies ergibt sich aus § 24a Abs. 4 JuSchGÄndG-E, dass die Bestimmungen des TMG gerade „unberührt" bleiben sollen.

Andererseits sieht § 24d JuSchGÄndG-E in Anlehnung an eine entsprechende Regelung des § 5 NetzDG die Pflicht zur Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten vor.

Zudem wird in der Begründung ausgeführt, dass sich die Vorgaben, Strukturen und Verfahren von JMStV und JuSchG an „alle Anbieter von kind- und jugendrelevanten Medien" richteten, „auch wenn sie nicht in Deutschland ihren Sitz haben". Einschränkend wird freilich ausgeführt, dass „die Ahndung systemischen Versagens […] durch die zuständige Bundesbehörde" erfolge, „die im Rahmen ihres Verfahrens den je nach Sitzland und Regelungsmaterie gegebenenfalls divergierenden Anforderungen an das Rechtsstatut Rechnung trägt".

Des Weiteren wird mit Blick auf die Beachtung der Vorgaben des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 ECRL im Wortlaut ausgeführt:

> „Auch nach den Vorgaben zum Herkunftslandprinzip aus Artikel 3 ist eine Erweiterung im materiellen Regelungsbereich des Jugendschutzes grundsätzlich möglich. So sehen die Artikel 3 Absatz 4 bis 6 ausdrücklich eine Ausnahme und Abweichungsmöglichkeit für den Jugendschutz vor, dessen Anforderungen in § 3 Absatz 5 TMG umgesetzt sind. Die vorgesehenen Rahmenbedingungen werden durch den Gesetzentwurf gewahrt, wie insbesondere durch entsprechende Verweise auf das TMG klargestellt wird".[242]

242 Vgl. BMFSFJ-Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes (Bearbeitungsstand 10. 2. 2020), S. 31.

bb) Änderungen des Referentenentwurfs vom 13. 5. 2020

Im Rahmen einer Überarbeitung des Referentenentwurfs mit Bearbeitungsstand vom 13. 5. 2020 wurden insbesondere mit Blick auf die Beachtung des Herkunftslandprinzips und die Anwendung von Bestimmungen auf Soziale Netzwerke Veränderungen im Wortlaut der Vorschriften der §§ 14a und 24a JuSchGÄndG-E vorgenommen.

In § 24a (Vorsorgemaßnahmen) wird Absatz 4 durch folgenden Wortlaut abgeändert:

> (3) Die Vorschrift findet auch auf Diensteanbieter Anwendung, deren Sitzland nicht Deutschland ist. §§ 2a und 3 des Telemediengesetzes bleiben unberührt.“

In § 14a (Kennzeichnung bei Film- und Spielplattformen wird folgender Absatz 3 angefügt:

> (4) Die Vorschrift findet auch auf Diensteanbieter Anwendung, deren Sitzland nicht Deutschland ist. Die Bestimmungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352) in der jeweils geltenden Fassung gehen vor. Weitergehende Anforderungen dieses Gesetzes zur Wahrung der Schutzziele des § 10a Nummer 1 bis 3 bleiben unberührt. § 2a und § 3 des Telemediengesetzes sowie die Bestimmungen der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 (ABl. L 119 – Datenschutz-Grundverordnung) bleiben unberührt.

b) Unionsrechtliche Bewertung bzgl. Herkunftslandprinzip

aa) Anwendung der JuSchG-Neuerungen auf Soziale Netzwerke

(1) Kennzeichnungspflicht nach § 14a JuSchGÄndG-E

Da die Kennzeichnungspflicht des § 14a JuSchGÄndG-E nur „Diensteanbieter“ erfasst, welche „Filme oder Spielprogramme in einem Gesamtangebot zusammenfassen und mit Gewinnerzielungsabsicht als eigene Inhalte nach § 7 des Telemediengesetzes zum individuellen Abruf zu einem von den Nutzerinnen und Nutzern gewählten Zeitpunkt bereithalten“, ergibt sich insoweit grundsätzlich kein Anwendungsbereich für Soziale Netzwerke und insbesondere auch nicht für Video-Sharing-Plattform-Dienste. Denn diese halten

bestimmungsgemäß gerade keine „eigenen Inhalte“ i.S.d. § 7 TMG bereit, sondern lediglich fremde Informationen nach § 10 TMG. Nur ausnahmsweise kommt eine Anwendung in Betracht, soweit Soziale Netzwerke auch eigene oder „zu Eigen gemachte“ Filme auf ihren Plattformen zugänglich machten.

Diesbezüglich müssten aber – wie allgemein – die für audiovisuelle Mediendienste auf Abruf geltenden Einschränkungen des Sendestaatprinzips nach Art. 3 Abs. 1 AVMD-RL beachtet werden. Ausnahmen hiervon erscheinen nach Art. 3 Abs. 2 und 3 AVMD-RL kaum begründbar und würden ohnehin nur „vorübergehende“ Abweichungen legitimieren, hingegen keine dauerhaften Kennzeichnungspflichten. Auch die strengen Voraussetzungen des Missbrauchsfalls nach Art. 4 Abs. 2 bis 4 AVMD-RL sind allein aufgrund einer fehlenden Alterskennzeichnung auf Film- und Spielplattformen von Anbietern mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat regelmäßig nicht gegeben.

(2) Vorsorgemaßnahmen nach § 24a JuSchGÄndG-E

Die Pflicht zu Vorsorgemaßnahmen nach § 24a Abs. 1 S. 1 JuSchGÄndG-E umfasst als Normadressaten nach dem Wortlaut grundsätzlich alle „Diensteanbieter, die fremde Informationen für Nutzerinnen und Nutzer mit Gewinnerzielungsabsicht speichern oder bereitstellen“. Dass eine entsprechende Pflicht nach Abs. 1 S. 2 nicht begründet sein soll für „Diensteanbieter, deren Angebote sich nicht an Kinder und Jugendliche richten und von diesen üblicherweise nicht genutzt werden sowie für journalistisch-redaktionell gestaltete Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden“, dürfte Soziale Netzwerke mit inhaltlich unbeschränktem Portfolio von user generated content nicht von der Pflicht ausnehmen.

Auch die im Kontext zu den Vorsorgemaßnahmen in § 24d JuSchGÄndG-E vorgesehene Pflicht zur Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten (§ 24d JuSchGÄndG) betrifft alle Diensteanbieter im Sinne des § 24a Absatz 1 und mithin in der Regel auch Soziale Netzwerke.

Aufgrund der Vorrangregelung zugunsten der Anwendung des NetzDG gemäß § 24a Abs. 4 S. 2 JuSchGÄndG-E in der geänderten Entwurfsfassung vom 13. 5. 2020 dürfte die Regelung zu Vorsorgemaßnahmen generell und von vornherein nicht gelten für Soziale Netzwerke im Sinne des § 1 Abs. 1 und 2 NetzDG. Insoweit sind nur die Compliance- und Berichtspflichten nach §§ 2 und 3 NetzDG zu beachten. Darüber hinaus gehende Anordnungen weiterer Vorsorgemaßnahmen nach dem JuSchG durch die zuständige Bundeszentrale sind ausgeschlossen.

bb) Beachtung von Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG

Im Gegensatz zu den landesrechtlichen Bestimmungen zum MStV und zum JMStV[243] wird in der Begründung des Referentenentwurfs zum JuSchGÄndG ausdrücklich auf die Geltung der Vorgaben des Herkunftslandprinzips nach Art. 3 Abs. 4 bis 6 ECRL und deren Umsetzung in § 3 Abs. 5 TMG hingewiesen.[244] Überdies wird in § 24a Abs. 4 JuSchGÄndG klargestellt, dass die Bestimmungen des Telemediengesetzes einschließlich § 3 Abs. 5 TMG „unberührt" bleiben. Durch die Änderungen des Referentenentwurfs vom 13. 5. 2020 wurde dies nochmals deutlicher – und nunmehr auch in § 14a JuSchGÄndG-E für die Kennzeichnung auf Film- und Spielplattformen – betont. Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf den Wortlaut der Bestimmungen der §§ 24a bis 24d JuSchGÄndG kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Entwurfsfassung per se gegen die unionsrechtlichen Vorgaben nach Art. 3 ECRL verstößt.

Sofern die Regelungen zu Vorsorgemaßnahmen gemäß § 24a JuSchGÄndG-E aufgrund des Vorrangs des NetzDG nach § 24 Abs. 4 S. 2 JuSchGÄndG-E überhaupt für Soziale Netzwerke Anwendung finden, ergeben sich aus den Ausführungen zu den Anforderungen des Herkunftslandprinzips[245] für Soziale Netzwerke mit Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat die folgenden zu beachtenden Voraussetzungen und Einschränkungen:

- Aus §§ 24a bis 24d JuSchGÄndG dürfen sich für Anbieter Sozialer Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat grundsätzlich keine Einschränkungen des freien Verkehrs von Diensten i.S.d. Art. 3 Abs. 2 ECRL bzw. § 3 Abs. 2 TMG ergeben.
- Hiervon abweichend kann die Bundeszentrale nach § 24b Abs. 3 und 4 JuSchGÄndG nur Aufforderungen und Anordnungen gegen einen bestimmten Diensteanbieter richten, wenn die materiellen und prozeduralen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 4 bis 6 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG erfüllt sind.

243 Siehe hierzu vorstehend Punkt V.2. und V.3.

244 Vgl. BMFSFJ-Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes (Bearbeitungsstand 10. 2. 2020), S. 31.

245 Vgl. hierzu insbesondere oben Punkte II. und IV.2.

- Dies umfasst zunächst die Prüfung und den Nachweis, dass das betreffende Soziale Netzwerk konkret das Ziel des Schutzes der öffentlichen Ordnung einschließlich des Jugendschutzes „beeinträchtigt oder eine ernsthafte und schwerwiegende Gefahr einer Beeinträchtigung dieser Ziele darstellt" [Art. 3 Abs. 4 a) i) und ii) ECRL]. Eine solche Beeinträchtigung kann freilich nicht schon daraus abgeleitet werden, dass die in der deutschen Empfangsstaatregelung des § 24a Abs. 2 JuSchGÄndG genannten Vorsorgemaßnahmen nicht oder nur zum Teil getroffen worden sind. Denn dies begründet gerade nicht, dass bei einem konkreten Dienst tatsächlich das Schutzziel des Jugendschutzes in relevanter Weise beeinträchtigt wird. Es bedarf vielmehr phänomenologischer Feststellungen, welche über den Einzelfallverstoß hinausgehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass auch die abstrakten Vorsorgemaßnahmen in der Regel keine Unterbindung jugendschutzrelevanter Inhalte bewirken können, da Soziale Netzwerke aufgrund § 10 TMG stets erst ab Kenntnis (z. B. auf Beschwerde hin) tätig werden. So verhindern beispielsweise weder die Bereitstellung von Meldeverfahren noch Hinweise auf Beratungsangebote, Hilfe- und Meldemöglichkeiten, dass über Sozialen Netzwerke tatsächlich jugendschutzrelevante Inhalte einzelner Uploader verfügbar sind. Letzteres ist vielmehr stets bei Host-Providern nach § 10 TMG der Fall und begründet per se noch keine „Beeinträchtigung des Jugendschutzes", da sie zwangsläufig aus der beschränkten Verantwortlichkeit erst ab konkreter Kenntnis (Art. 14 ECRL) resultiert. Erforderlich ist vielmehr der Nachweis, dass das betreffende Soziale Netzwerk in einer Vielzahl erheblicher und massiv gegen den Jugendschutz verstoßender Einzelfälle trotz Kenntniserlangung über einen geraumen Zeitraum keine Prüfung vornimmt und ggf. erforderliche Maßnahmen trifft.
- Sowohl bei der Prüfung von Beeinträchtigungen des Jugendschutzes nach Art. 3 Abs. 4 a) i) und ii) ECRL als auch bei der Prüfung, ob Maßnahmen der Bundeszentrale in einem „angemessenen Verhältnis" zum Ziel des Jugendschutzes stehen [Art. 3 Abs. 4 a) i) und ii) ECRL], ist die Schwere der Jugendschutzverstöße in den festgestellten Einzelfällen zu berücksichtigen. Bloße Entwicklungsbeeinträchtigungen i.S.d. § 5 JMStV sind daher weniger geeignet, eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip zu begründen als unzulässige Angebote nach § 4 JMStV.
- Bei der Prüfung von Beeinträchtigungen des Jugendschutzes nach Art. 3 Abs. 4 a) i) und ii) ECRL als auch bei der Prüfung, ob Maßnahmen der Bundeszentrale in einem „angemessenen Verhältnis" zum Ziel des Jugendschutzes stehen [Art. 3 Abs. 4 a) i) und ii) ECRL] ist zu berücksichtigen,

welche Vorsorgemaßnahmen der Anbieter bereits trifft. Insbesondere soweit das Soziale Netzwerk bereits einzelne der in § 24a Abs. 2 JuSchGÄndG-E genannten Vorsorgemaßnahmen vorhält (z. B. ein Meldeverfahren oder Hinweise auf anbieterunabhängige Beratungsangebote, Hilfe- und Meldemöglichkeiten), erscheint schon zweifelhaft, ob gleichwohl nach Art. 3 Abs. 4 E-CRL weitere Maßnahmen unionsrechtkonform verlangt und durchgesetzt werden können. Dies gilt auch, wenn der Anbieter mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat andere Maßnahmen wie z. B. ein Tagging für das Jugendschutzprogramm JusProG oder ein Meldeverfahren nach dem NetzDG, dass auch die nach § 4 JMStV unzulässigen Angebote weitgehend erfasst, vornimmt.

- Über die genannten materiellen Ausnahmevoraussetzungen hinaus muss vor Aufforderungen und Anordnungen der Bundeszentrale gemäß § 24b Abs. 3 und 4 JuSchGÄndG der betroffene Sitzland-Mitgliedstaat von der Bundesrepublik Deutschland aufgefordert worden sein, Maßnahmen zu ergreifen. Hieraufhin muss geprüft und festgestellt worden sein, dass der Aufforderung nicht Folge geleistet worden ist oder die vom Sitzland getroffenen Maßnahmen unzulänglich waren [Art. 3 Abs. 4 b) Spiegelstrich ECRL].
- Vor Aufforderungen und Anordnungen der Bundeszentrale gemäß § 24b Abs. 3 und 4 JuSchGÄndG muss überdies die EU-Kommission und der betroffene Sitzland-Mitgliedstaat über die Absicht der Bundeszentrale, Maßnahmen gegen einen bestimmten Anbieter eines Sozialen Netzwerks zu ergreifen, unterrichtet werden [Art. 3 Abs. 4 b) 1. Spiegelstrich ECRL].

c) Ergebnis

Die in dem BMFSFJ-Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes[246] vorgesehenen Vorsorgemaßnahmen nach § 24a JuSchGÄndG-E betreffen als Normadressaten auch Soziale Netzwerke, soweit sie nicht dem Anwendungsbereich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) unterfallen. Gemäß der deklaratorischen Regelung des § 24a Abs. 4

246 Angegebener Bearbeitungsstand des Referentenentwurfs: 10. 2. 2020.

JuSchGÄndG bleiben aber die Bestimmungen des Telemediengesetzes einschließlich dem Herkunftslandprinzip nach § 3 TMG unberührt.

Damit ergeben sich für Soziale Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat erhebliche Einschränkungen möglicher Aufforderungen und Anordnungen der Bundeszentrale nach § 24b Abs. 3 und 4 JuSchGÄndG. Denn die zu beachtenden Ausnahmevoraussetzungen nach Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG dürften schon materiell nur in extremen Ausnahmekonstellationen begründbar sein. Jedenfalls soweit ein Soziales Netzwerk entwicklungsbeeinträchtigende Inhalte per se mit einer JusProG Kennzeichnung „ab 18“ versieht und aufgrund des NetzDG ein Meldeverfahren vorhält, das die meisten der in § 4 JMStV normierten Unzulässigkeitstatbestände berücksichtigt, scheint eine Beeinträchtigung des Schutzzieles Jugendschutz i.S.d. Art. 3 Abs. 4 a) i) und ii) ECRL als erforderliche Ausnahme zum Herkunftslandprinzip kaum begründbar.

Überdies sind stets die prozeduralen Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 TMG zu beachten, insbesondere Unterrichtungs- und Konsultationspflichten gegenüber der EU-Kommission und dem betroffenen EU-Sitz-Mitgliedstaat.

VI. Zusammenfassung und Gesamtergebnis

1. Anforderungen des Herkunftslandprinzips (Art. 3 ECRL)

Die rechtsmethodische Auslegung des Herkunftslandprinzips nach dem Wortlaut des Art. 3 ECRL, nach dem Normzweck und der Rechtssystematik sowie die Auslegungshinweise der EU-Kommission und die Rechtsliteratur und ein Teil der Rechtsprechung ergeben folgende, für nationalstaatliche Telemedien-Regulierung zu beachtenden Grundsätze:

- Nach dem Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL ist es einem Empfangs-Mitgliedstaat – abgesehen von den engen Ausnahmen nach Abs. 3 und 4 – grundsätzlich nicht erlaubt, im koordinierten Bereich strengere rechtliche Anforderungen zu regeln, als sie vom Diensteanbieter in seinem Sitzmitgliedstaat zu erfüllen sind. Solche strengeren Bestimmungen sind im Sinne einer Beschränkung des Sachrechts nicht auf Diensteanbieter mit Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat anwendbar.
- Die Ausnahme des Art. 3 Abs. 4 ECRL legitimiert keine abstrakt-generellen Regelungen eines Empfangs-Mitgliedstaates gegen Diensteanbieter zur Verfolgung der dort genannten Schutzziele, sondern lediglich (Aufsichts- und Verfolgungs-) Maßnahmen im Einzelfall gegen einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft. Nur insoweit ist eine Durchbrechung des Herkunftslandprinzips bei Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der Gesundheit und des Verbraucherschutzes möglich.

2. Beachtung in deutschen Gesetzen und Gesetzentwürfen

a) Netzwerkdurchsetzungsgesetz

Die Bestimmungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes in der aktuellen und in der nach dem GBRH-E und dem NetzDGÄndG-E vorgesehenen Fassung unterliegen schon aufgrund der Nichteinhaltung der Notifizierungspflicht nach Art. 5 Abs. 1 UA 3 2015/1535 unionsrechtlichen Zweifeln hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit. Die Vorschriften sind dessen ungeachtet aufgrund Art. 3 ECRL mit Unionsrecht nicht vereinbar, soweit hiernach auch Soziale Netzwerke mit einer Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat (1.) nach §§ 2 und 3 NetzDG und künftig etwaig auch § 3a NetzDG-E generell und unabhängig von dem Einzelfall verpflichtet werden sollen, (2.) überdies einen Zustellungsbevollmächtigten nach § 5 NetzDG zu bestellen haben und (3.) der Bußgelddrohung des § 4 NetzDG über die Sanktionierung durch das Bundesamt für Justiz ausgesetzt sein sollen. Soziale Netzwerke mit Niederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat können sich auf die grundsätzliche Nichtgeltung des NetzDG berufen. Es bleibt dem Bundesamt für Justiz als zuständiger Behörde aber vorbehalten, unter Beachtung aller materiellen und prozeduralen Voraussetzungen nach § 3 Abs. 5 TMG bzw. Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL Maßnahmen im Einzelfall gegen einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft (Soziales Netzwerk) zu ergreifen.

b) Medienstaatsvertrag und Jugendmedienschutz-Staatsvertrag

§ 1 Abs. 8 des Medienstaatsvertrages in der von der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen und nach RL 2015/1535 notifizierten Fassung ist mit Unionsrecht nicht vereinbar. Die Regelung verstößt für Intermediäre einschließlich Soziale Netzwerke gegen die Richtlinienvorgaben zum Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 2 ECRL, indem sie die Ausnahmevoraussetzungen des Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL (bzw. § 3 Abs. 5 TMG) sowie die europarechtlichen Voraussetzungen des einzelfallbezogenen Ausnahmefalls einer missbräuchlichen Sitzlandwahl nach den Vorgaben der EU-Kommission und des EuGH nicht beachtet. Die EU-Kommission teilt diese Einschätzung

weitgehend im Rahmen ihrer Mitteilung vom 27. 4. 2020 in „Bemerkungen“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 RL 2015/1535.

§ 2 Abs. 1 S. 2 und 3 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages in der von der Ministerpräsidentenkonferenz Ende 2019 beschlossenen Entwurfsfassung ist mit Unionsrecht nicht vereinbar. Die später erweiterte Fassung für die Zustimmung der Landesparlamente, welche insbesondere eine Beachtung der E-Commerce-Richtlinie zwingend vorsieht, kann als unionsrechtskonform angesehen werden. Sie führt aber faktisch zu einer Nichtgeltung des Jugendmedienschutz-Staatsvertrags für Soziale Netzwerke mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat. Überdies ist § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 JMStV-E im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mangels Notifizierung gemäß Art. 5 RL 2015/1535 unanwendbar.

c) Referentenentwurf zur Änderung des Jugendschutzgesetzes

Die in dem BMFSFJ-Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes vorgesehenen Vorsorgemaßnahmen nach § 24a JuSchGÄndG-E betreffen als Normadressaten auch Soziale Netzwerke, soweit nicht das vorrangige NetzDG Anwendung findet (vgl. § 24a Abs. 4 S. 2 JuSchGÄndG i. d. F. vom 13. 5. 2020). Gemäß der deklaratorischen Regelung des § 24a Abs. 4 JuSchGÄndG bleiben aber die Bestimmungen des Telemediengesetzes einschließlich dem Herkunftslandprinzip nach § 3 TMG unberührt.

Damit ergibt sich bei Sozialen Netzwerken mit Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat ein sehr begrenzter Rahmen möglicher Aufforderungen und Anordnungen durch die Bundeszentrale nach § 24b Abs. 3 und 4 JuSchGÄndG. Denn die zu beachtenden (Einzelfall-)Ausnahmevoraussetzungen nach Art. 3 Abs. 4 und 5 ECRL bzw. § 3 Abs. 5 TMG dürften schon materiell nur in extremen Ausnahmekonstellationen begründbar sein. Überdies sind stets die prozeduralen Voraussetzungen des § 3 Abs. 5 TMG zu beachten, insbesondere Unterrichtungs- und Konsultationspflichten gegenüber der EU-Kommission und dem betroffenen EU-Sitz-Mitgliedstaat.

VII. Anhang

1. Materialien zum NetzDG

a) Relevante Bestimmungen des NetzDG de lege lata

§ 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (soziale Netzwerke). Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke im Sinne dieses Gesetzes. Das Gleiche gilt für Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind.

(2) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks ist von den Pflichten nach den §§ 2 und 3 befreit, wenn das soziale Netzwerk im Inland weniger als zwei Millionen registrierte Nutzer hat.

(3) Rechtswidrige Inhalte sind Inhalte im Sinne des Absatzes 1, die den Tatbestand der §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in Verbindung mit 184d, 185 bis 187, 201a, 241 oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen und nicht gerechtfertigt sind.

§ 2 Berichtspflicht

(1) Anbieter sozialer Netzwerke, die im Kalenderjahr mehr als 100 Beschwerden über rechtswidrige Inhalte erhalten, sind verpflichtet, einen deutschsprachigen Bericht über den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte auf ihren Plattformen mit den Angaben nach Absatz 2 halbjährlich zu erstellen und im Bundesanzeiger sowie auf der eigenen Homepage spätestens einen Monat nach Ende eines Halbjahres zu veröffentlichen. Der auf der eigenen Homepage veröffentlichte Bericht muss leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar sein.

(2) Der Bericht hat mindestens auf folgende Aspekte einzugehen:

1. Allgemeine Ausführungen, welche Anstrengungen der Anbieter des sozialen Netzwerks unternimmt, um strafbare Handlungen auf den Plattformen zu unterbinden,
2. Darstellung der Mechanismen zur Übermittlung von Beschwerden über rechtswidrige Inhalte und der Entscheidungskriterien für Löschung und Sperrung von rechtswidrigen Inhalten,
3. Anzahl der im Berichtszeitraum eingegangenen Beschwerden über rechtswidrige Inhalte, aufgeschlüsselt nach Beschwerden von Beschwerdestellen und Beschwerden von Nutzern und nach dem Beschwerdegrund,
4. Organisation, personelle Ausstattung, fachliche und sprachliche Kompetenz der für die Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Arbeitseinheiten und Schulung und Betreuung der für die Bearbeitung von Beschwerden zuständigen Personen,
5. Mitgliedschaft in Branchenverbänden mit Hinweis darauf, ob in diesen Branchenverbänden eine Beschwerdestelle existiert,
6. Anzahl der Beschwerden, bei denen eine externe Stelle konsultiert wurde, um die Entscheidung vorzubereiten,
7. Anzahl der Beschwerden, die im Berichtszeitraum zur Löschung oder Sperrung des beanstandeten Inhalts führten, aufgeschlüsselt nach Beschwerden von Beschwerdestellen und von Nutzern, nach dem Beschwerdegrund, ob ein Fall des § 3 Absatz 2 Nummer 3 Buchstabe a vorlag, ob in diesem Fall eine Weiterleitung an den Nutzer erfolgte sowie ob eine Übertragung an eine anerkannte Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung nach § 3 Absatz 2 Nummer 3 Buchstabe b erfolgte,
8. Zeit zwischen Beschwerdeeingang beim sozialen Netzwerk und Löschung oder Sperrung des rechtswidrigen Inhalts, aufgeschlüsselt nach Beschwerden von Beschwerdestellen und von Nutzern, nach dem Beschwerdegrund sowie nach den Zeiträumen „innerhalb von 24 Stunden“/„innerhalb von 48 Stunden“/„innerhalb einer Woche“/„zu einem späteren Zeitpunkt“,
9. Maßnahmen zur Unterrichtung des Beschwerdeführers sowie des Nutzers, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, über die Entscheidung über die Beschwerde.

§ 3 Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte

(1) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss ein wirksames und transparentes Verfahren nach Absatz 2 und 3 für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorhalten. Der Anbieter muss Nutzern ein leicht erkennbares, unmittelbar erreichbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden über rechtswidrige Inhalte zur Verfügung stellen.

(2) Das Verfahren muss gewährleisten, dass der Anbieter des sozialen Netzwerks

1. unverzüglich von der Beschwerde Kenntnis nimmt und prüft, ob der in der Beschwerde gemeldete Inhalt rechtswidrig und zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren ist,
2. einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt; dies gilt nicht, wenn das soziale Netzwerk mit der zuständigen Strafverfolgungsbehörde einen längeren Zeitraum für die Löschung oder Sperrung des offensichtlich rechtswidrigen Inhalts vereinbart hat,
3. jeden rechtswidrigen Inhalt unverzüglich, in der Regel innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt; die Frist von sieben Tagen kann überschritten werden, wenn
   a) die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit des Inhalts von der Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung oder erkennbar von anderen tatsächlichen Umständen abhängt; das soziale Netzwerk kann in diesen Fällen dem Nutzer vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme zu der Beschwerde geben,
   b) das soziale Netzwerk die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde einer nach den Absätzen 6 bis 8 anerkannten Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung überträgt und sich deren Entscheidung unterwirft,
4. im Falle der Entfernung den Inhalt zu Beweiszwecken sichert und zu diesem Zweck für die Dauer von zehn Wochen innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinien 2000/31/EG und 2010/13/EU speichert,
5. den Beschwerdeführer und den Nutzer über jede Entscheidung unverzüglich informiert und seine Entscheidung ihnen gegenüber begründet.

(3) Das Verfahren muss vorsehen, dass jede Beschwerde und die zu ihrer Abhilfe getroffene Maßnahme innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinien 2000/31/EG und 2010/13/EU dokumentiert wird.

(4) Der Umgang mit Beschwerden muss von der Leitung des sozialen Netzwerks durch monatliche Kontrollen überwacht werden. Organisatorische Unzulänglichkeiten im Umgang mit eingegangenen Beschwerden müssen unverzüglich beseitigt werden. Den mit der Bearbeitung von Beschwerden beauftragten Personen müssen von der Leitung des sozialen Netzwerks regelmäßig, mindestens aber halbjährlich deutschsprachige Schulungs- und Betreuungsangebote gemacht werden.

(5) Die Verfahren nach Absatz 1 können durch eine von der in § 4 genannten Verwaltungsbehörde beauftragten Stelle überwacht werden.

(6) Eine Einrichtung ist als Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung im Sinne dieses Gesetzes anzuerkennen, wenn
1. die Unabhängigkeit und Sachkunde ihrer Prüfer gewährleistet ist,
2. eine sachgerechte Ausstattung und zügige Prüfung innerhalb von sieben Tagen sichergestellt sind,
3. eine Verfahrensordnung besteht, die den Umfang und Ablauf der Prüfung sowie Vorlagepflichten der angeschlossenen sozialen Netzwerke regelt und die Möglichkeit der Überprüfung von Entscheidungen vorsieht,
4. eine Beschwerdestelle eingerichtet ist und
5. die Einrichtung von mehreren Anbietern sozialer Netzwerke oder Institutionen getragen wird, die eine sachgerechte Ausstattung sicherstellen. Außerdem muss sie für den Beitritt weiterer Anbieter insbesondere sozialer Netzwerke offenstehen.

(7) Die Entscheidung über die Anerkennung einer Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung trifft die in § 4 genannte Verwaltungsbehörde.

(8) Die Anerkennung kann ganz oder teilweise widerrufen oder mit Nebenbestimmungen versehen werden, wenn Voraussetzungen für die Anerkennung nachträglich entfallen sind.

(9) Die Verwaltungsbehörde nach § 4 kann auch bestimmen, dass für einen Anbieter von sozialen Netzwerken die Möglichkeit zur Übertragung von Entscheidungen nach Absatz 2 Nummer 3 Buchstabe b für einen zeitlich befristeten Zeitraum entfällt, wenn zu erwarten ist, dass bei diesem Anbieter die Erfüllung der Pflichten des Absatzes 2 Nummer 3 durch einen Anschluss an die Regulierte Selbstregulierung nicht gewährleistet wird.

§ 4 Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig
1. entgegen § 2 Absatz 1 Satz 1 einen Bericht nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstellt oder nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig veröffentlicht,
2. entgegen § 3 Absatz 1 Satz 1 ein dort genanntes Verfahren für den Umgang mit Beschwerden von Beschwerdestellen oder Nutzern, die im Inland wohnhaft sind oder ihren Sitz haben, nicht, nicht richtig oder nicht vollständig vorhält,
3. entgegen § 3 Absatz 1 Satz 2 ein dort genanntes Verfahren nicht oder nicht richtig zur Verfügung stellt,
4. entgegen § 3 Absatz 4 Satz 1 den Umgang mit Beschwerden nicht oder nicht richtig überwacht,
5. entgegen § 3 Absatz 4 Satz 2 eine organisatorische Unzulänglichkeit nicht oder nicht rechtzeitig beseitigt,
6. entgegen § 3 Absatz 4 Satz 3 eine Schulung oder eine Betreuung nicht oder nicht rechtzeitig anbietet,
7. entgegen § 5 einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten oder einen inländischen Empfangsberechtigten nicht benennt, oder
8. entgegen § 5 Absatz 2 Satz 2 als Empfangsberechtigter auf Auskunftsersuchen nicht reagiert.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 7 und 8 mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, in den übrigen Fällen des Absatzes 1 mit einer Geldbuße bis zu fünf Millionen Euro geahndet werden. § 30 Absatz 2 Satz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist anzuwenden.

(3) Die Ordnungswidrigkeit kann auch dann geahndet werden, wenn sie nicht im Inland begangen wird.

(4) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist das Bundesamt für Justiz. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz erlässt im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur allgemeine Verwaltungsgrundsätze über die Ausübung des Ermessens der Bußgeldbehörde bei der Einleitung eines Bußgeldverfahrens und bei der Bemessung der Geldbuße.

(5) Will die Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung darauf stützen, dass nicht entfernte oder nicht gesperrte Inhalte rechtswidrig im Sinne des § 1 Absatz 3 sind, so soll sie über die Rechtswidrigkeit vorab eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen. Zuständig ist das Gericht, das über den Einspruch gegen den Bußgeldbescheid entscheidet. Der Antrag auf Vorabentscheidung ist dem Gericht zusammen mit der Stellungnahme des sozialen Netzwerks zuzuleiten. Über den Antrag kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Die Entscheidung ist nicht anfechtbar und für die Verwaltungsbehörde bindend.

§ 5 Inländischer Zustellungsbevollmächtigter

(1) Anbieter sozialer Netzwerke haben im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen und auf ihrer Plattform in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer Weise auf ihn aufmerksam zu machen. An diese Person können Zustellungen in Verfahren nach § 4 oder in Gerichtsverfahren vor deutschen Gerichten wegen der Verbreitung rechtswidriger Inhalte bewirkt werden. Das gilt auch für die Zustellung von Schriftstücken, die solche Verfahren einleiten.

(2) Für Auskunftsersuchen einer inländischen Strafverfolgungsbehörde ist eine empfangsberechtigte Person im Inland zu benennen. Die empfangsberechtigte Person ist verpflichtet, auf Auskunftsersuchen nach Satz 1 48 Stunden nach Zugang zu antworten. Soweit das Auskunftsersuchen nicht mit einer das Ersuchen erschöpfenden Auskunft beantwortet wird, ist dies in der Antwort zu begründen.

b) Relevante Änderungen der GBRH-Entwurfs (Auszug)

Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität[247]

§ 1 Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen

(…)

247 Entwurf der Bundesregierung, wie er Gegenstand der EU Notifizierung ist, Notifizierungsnummer: 2020/65/D (Deutschland).

(4) Eine Beschwerde über rechtswidrige Inhalte ist jede Beanstandung eines Inhaltes mit dem Begehren der Entfernung des Inhaltes oder der Sperrung des Zugangs zum Inhalt, es sei denn, dass mit der Beanstandung erkennbar nicht geltend gemacht wird, dass ein rechtswidriger Inhalt vorliegt.

(...)

§ 3a Meldepflicht

(1) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss ein wirksames Verfahren für Meldungen nach den Absätzen 2 bis 5 vorhalten.

(2) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss dem Bundeskriminalamt als Zentralstelle zum Zwecke der Ermöglichung der Verfolgung von Straftaten Inhalte übermitteln,
1. die dem Anbieter in einer Beschwerde über rechtswidrige Inhalte gemeldet worden sind,
2. die der Anbieter entfernt oder zu denen er den Zugang gesperrt hat und
3. bei denen konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie mindestens einen der Tatbestände
   a) der §§ 86, 86a, 89a, 91, 126, 129 bis 129b, 130, 131 oder 140 des Strafgesetzbuches,
   b) des § 184b in Verbindung mit § 184d des Strafgesetzbuches oder
   c) des § 241 des Strafgesetzbuches in Form der Bedrohung mit einem Verbrechen gegen das Leben, die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit oder die persönliche Freiheit

   erfüllen und nicht gerechtfertigt sind.

(3) Der Anbieter des sozialen Netzwerks muss unverzüglich, nachdem er einen Inhalt entfernt oder den Zugang zu diesem gesperrt hat, prüfen, ob die Voraussetzungen des Absatzes 2 Nummer 3 vorliegen, und unverzüglich danach den Inhalt gemäß Absatz 4 übermitteln.

(4) Die Übermittlung an das Bundeskriminalamt muss enthalten:
1. den Inhalt,
2. sofern vorhanden, die IP-Adresse einschließlich der Portnummer, die als letztes dem Nutzer, der den Inhalt mit anderen Nutzern geteilt oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat, zugeteilt war.

(5) Die Übermittlung an das Bundeskriminalamt hat elektronisch an eine vom Bundeskriminalamt zur Verfügung gestellte Schnittstelle zu erfolgen.

(6) Der Anbieter des sozialen Netzwerks informiert den Nutzer, für den der Inhalt gespeichert wurde, 4 Wochen nach der Übermittlung an das Bundeskriminalamt über die Übermittlung nach Absatz 4. Satz 1 gilt nicht, wenn das Bundeskriminalamt binnen 4 Wochen anordnet, dass die Information wegen der Gefährdung des Untersuchungszwecks, des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit oder der persönlichen Freiheit einer Person oder von bedeutenden Vermögenswerten zurückzustellen ist. Im Fall der Anordnung nach Satz 2 informiert das Bundeskriminalamt den Nutzer über die Übermittlung nach Absatz 4, sobald dies ohne Gefährdung im Sinne des Satzes 2 möglich ist.

(7) Der Anbieter eines sozialen Netzwerks hat der in § 4 genannten Verwaltungsbehörde auf deren Verlangen Auskünfte darüber zu erteilen, wie die Verfahren zur Übermittlung von Inhalten nach Absatz 1 gestaltet sind und wie sie angewendet werden.

c) Relevante Bestimmungen des NetzDGÄndG-Entwurfs (Auszug)

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes[248]

§ 3d Begriffsbestimmungen für Videosharingplattform-Dienste

(1) Im Sinne dieses Gesetzes
   1. sind Videosharingplattform-Dienste
      a) Telemedien, bei denen der Hauptzweck oder eine wesentliche Funktion darin besteht, Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Diensteanbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit bereitzustellen, wobei der Diensteanbieter die Organisation der Sendungen oder der nutzergenerierten Videos, auch mit automatischen Mitteln, bestimmt;

248 Entwurf der Bundesregierung, abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Aenderung_NetzDG.pdf;jsessionid=BFDD748080E1AB695D0CFEABD48D7A35.2_cid289?__blob=publicationFile&v=2 , zuletzt abgerufen am 4. 5. 2020.

b) trennbare Teile von Telemedien, wenn für den trennbaren Teil der in Buchstabe a genannte Hauptzweck vorliegt,

2. ist ein nutzergeneriertes Video eine von einem Nutzer erstellte Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die unabhängig von ihrer Länge einen Einzelbestandteil darstellt und die von diesem oder einem anderen Nutzer auf einen Videosharingplattform-Dienst hochgeladen wird,
3. ist eine Sendung eine Abfolge von bewegten Bildern mit oder ohne Ton, die unabhängig von ihrer Länge Einzelbestandteil eines von einem Diensteanbieter erstellten Sendeplans oder Katalogs ist,
4. ist Mitgliedstaat jeder Mitgliedstaat der Europäischen Union und jeder andere Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, für den die Richtlinie 2010/13/EU gilt,
5. ist Mutterunternehmen ein Unternehmen, das ein oder mehrere Tochterunternehmen kontrolliert,
6. ist Tochterunternehmen ein Unternehmen, das unmittelbar oder mittelbar von einem Mutterunternehmen kontrolliert wird,
7. ist Gruppe die Gesamtheit von Mutterunternehmen, allen seinen Tochterunternehmen und allen anderen mit dem Mutterunternehmen und seinen Tochterunternehmen wirtschaftlich und rechtlich verbundenen Unternehmen.

(2) Im Sinne dieses Gesetzes ist Sitzland eines Anbieters von Videosharingplattform-Diensten derjenige Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Anbieter niedergelassen ist. Ist ein Anbieter von Videosharingplattform-Diensten nicht im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats niedergelassen, so gilt derjenige Mitgliedstaat als Sitzland, in dessen Hoheitsgebiet

1. ein Mutterunternehmen oder ein Tochterunternehmen des Anbieters, oder
2. ein anderes Unternehmen einer Gruppe, von welcher der Anbieter ein Teil ist, niedergelassen ist.

(3) Sind in den Fällen des Absatzes 2 Satz 2 das Mutterunternehmen, das Tochterunternehmen oder die anderen Unternehmen der Gruppe jeweils in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassen, so gilt der Anbieter als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem sein Mutterunternehmen niedergelassen ist, oder, mangels einer solchen Niederlassung, als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem sein Tochterunternehmen niedergelassen ist, oder, mangels einer solchen Niederlassung, als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem das andere Unternehmen der Gruppe

niedergelassen ist. Gibt es mehrere Tochterunternehmen und ist jedes dieser Tochterunternehmen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen, so gilt der Anbieter als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem eines der Tochterunternehmen zuerst seine Tätigkeit aufgenommen hat, sofern eine dauerhafte und tatsächliche Verbindung des Tochterunternehmens mit der Wirtschaft dieses Mitgliedstaats besteht. Gibt es mehrere andere Unternehmen, die Teil der Gruppe sind und von denen jedes in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, so gilt der Anbieter als in dem Mitgliedstaat niedergelassen, in dem eines dieser Unternehmen zuerst seine Tätigkeit aufgenommen hat, sofern eine dauerhafte und tatsächliche Verbindung mit der Wirtschaft dieses Mitgliedstaats besteht.

(4) Treten zwischen der in § 4 genannten Verwaltungsbehörde und einer Behörde eines anderen Mitgliedstaates Meinungsverschiedenheiten darüber auf, welcher Mitgliedstaat Sitzland eines Anbieters von Videosharingplattform-Diensten ist oder als solcher gilt, so bringt die in § 4 genannten Verwaltungsbehörde dies der Europäischen Kommission unverzüglich zur Kenntnis.

§ 3e Für Videosharingplattform-Dienste geltende Vorschriften

(1) Für Anbieter von Videosharingplattform-Diensten gilt dieses Gesetz, sofern sich aus den Absätzen 2 und 3 nichts Abweichendes ergibt.

(2) Für Anbieter von Videosharingplattform-Diensten, die im Inland weniger als zwei Millionen registrierte Nutzerhaben, gilt dieses Gesetz nur, wenn die Bundesrepublik Deutschland nach § 3d Absatz 2 und 3 Sitzland ist oder als Sitzland gilt. Dieses Gesetz gilt für sie nur im Hinblick auf nutzergenerierte Videos und Sendungen nach § 3d Absatz 1 Nummer 2 und 3, welche Inhalte haben, die den Tatbestand der §§ 111, 130 Absatz 1 oder 2, der §§ 131, 140, 166 oder 184b in Verbindung mit 184d des Strafgesetzbuches erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Abweichend von § 1 Absatz 2 sind diese Anbieter von Videosharingplattform-Diensten von den Pflichten nach den §§ 2, 3 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 und 4sowieAbsatz 4 und § 3a befreit.

(3) Für Anbieter von Videosharingplattform-Diensten, bei denen gemäß § 3d Absatz 2 und 3 ein anderer Mitgliedstaat als die Bundesrepublik Deutschland Sitzland ist oder als Sitzland gilt, gelten im Hinblick auf die in Absatz 2 Satz 2 genannten nutzergenerierten Videos und Sendungen die

Pflichten nach den §§ 2, 3und 3b nur auf der Grundlage und im Umfang einer Anordnung der in § 4 genannten Behörde. Die Anordnung darf nur ergehen, soweit die Voraussetzungen des § 3 Absatz 5 des Telemediengesetzes vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179), das zuletzt durch … [Artikel 5 des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, Bundesratsdrucksache 87/20] geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung erfüllt sind und unter Beachtung der danach erforderlichen Verfahrensschritte. Die in § 4 genannte Verwaltungsbehörde kann eine Stelle mit der Prüfung beauftragen, ob die Voraussetzungen des § 3 Absatz 5 Satz 1 des Telemediengesetzes vorliegen.

(4) Soweit nach den Absätzen 1 bis 3 für den Anbieter eines Videosharingplattform-Dienstes dieses Gesetz im Hinblick auf die in Absatz 2 Satz 2 genannten nutzergenerierten Videos und Sendungen gilt, ist er verpflichtet, mit seinen Nutzern wirksam zu vereinbaren, dass diesen die Verbreitung der in Absatz 2 Satz 2 genannten nutzergenerierten Videos und Sendungen verboten ist.

d) BMJV-Auskunft zur Mitteilung gemäß Art. 3 Abs. 3 ECRL

aa) Email Liesching an BMJV vom 29. 1. 2020

Sehr geehrter Herr …,

… Gestützt auf den presserechtlichen Auskunftsanspruch wird hiermit um Auskunft zu folgender Frage gebeten:

Hat das BMJV bzw. die Bundesregierung nach Inkrafttreten des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352) der EU-Kommission und den betroffenen EU-Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 5 Satz 2 der Richtlinie 2000/31/EG (e-commerce-Richtlinie, ECRL) mitgeteilt, dass sie als Ausnahme vom Herkunftslandprinzip (Art. 3 Abs. 2 ECRL) und von den Unterrichtungspflichten (Art. 3 Abs. 4b ECRL) einen „dringlichen Fall“ angenommen hat (BT-Drs. 18/12727, S. 9 i.V.m. BT-Drs. 18/12356, S. 14, letzter Absatz) und – sofern Mitteilungen erfolgt sind – welche gemäß Art. 3 Abs. 5 Satz 2 ECRL anzuführenden Gründe für die Annahme eines dringlichen Falls hat das BMJV bzw. die Bundesregierung im Rahmen der Mitteilungen angegeben?

bb) Email BMJV an Liesching vom 31. 1. 2020

Sehr geehrter Herr Professor Liesching,

haben Sie vielen Dank für Ihre Anfrage. Als Sprecherin des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz teile ich Ihnen dazu gerne das Folgende mit:

Die Bundesregierung hat der EU-Kommission und den betroffenen Mitgliedstaaten bereits vor Inkrafttreten des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes mitgeteilt, dass sie als Ausnahme von Art. 3 Abs. 2 und 4 Buchst. b der Richtlinie 2000/31/EG einen dringlichen Fall angenommen hat. Sie hat dies damit begründet, dass ein sofortiges Handeln zur effektiven Bekämpfung von Hasskriminalität und weiterer objektiv strafbarer Handlungen im Internet dringend geboten ist.

cc) Email Liesching an BMJV vom 3. 2. 2020

Sehr geehrte Frau Dr. …,

vielen Dank für Ihre Auskunft. Mir ist aufgrund Ihrer Antwort noch nicht ganz klar, ob Sie mit der dort in Bezug genommenen „Mitteilung“ den im Rahmen des Notifizierungsverfahrens (Nr. 2017/127/D) der EU-Kommission übermittelten NetzDG-Entwurf mit Begründung meinen oder ob – wie es Art. 3 Abs. 5 S. 2 ECRL mit Blick auf die zwingende Prüfung durch die EU-Kommission nach Art. 3 Abs. 6 ECRL vorsieht – neben dem Notifizierungsverfahren eine eigenständige Mitteilung an die EU-Kommission und an die Sitzland-EU-Mitgliedstaaten der vom NetzDG erfassten Anbieter sozialer Netzwerke erfolgt ist. Bitte haben Sie daher Verständnis für die nachfolgenden, abermals auf den presserechtlichen Auskunftsanspruch gestützten Fragen, um deren Beantwortung ich Sie herzlich bitte:

1. Hat das BMJV oder die Bundesregierung neben dem gemäß EU-Richtlinie 2015/1535 erforderlichen allgemeinen Notifizierungsverfahren (Nr. 2017/127/D) eine davon unabhängige, unter expliziter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 5 S. 2 ECRL erfolgte eigenständige Mitteilung an die EU-Kommission und an die konkret von dem NetzDG betroffenen EU-Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 5 Satz 2 ECRL übersandt?
2. Falls dies der Fall ist, wann ist diese Mitteilung erfolgt und unter welchem Aktenzeichen wird diese bei der EU-Kommission geführt?
3. Hat die EU-Kommission nach Kenntnis des BMJV bzw. der Bundesregierung die nach Art. 3 Abs. 6 ERCL innerhalb kürzestmöglicher Zeit zwingend

durchzuführende Prüfung aufgrund der Mitteilung nach Art. 3 Abs. 5 S. 2 ECRL vorgenommen?
4. Welches Ergebnis hat die nach Art. 3 Abs. 6 ECRL zwingend zu erfolgende Prüfung der EU-Kommission gehabt?

dd) Email BMJV an Liesching vom 6. 2. 2020

Sehr geehrter Herr Professor Liesching,

als Sprecherin des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz teile ich Ihnen gerne das Folgende auf Ihre Nachfrage mit:

Die Mitteilung an die EU-Kommission erfolgte am 27. März 2017 im Rahmen des Notifizierungsverfahrens nach der Richtlinie (EU) 2015/1535. Art. 3 Abs. 5 S. 2 der Richtlinie 2000/31/EG sieht für die Mitteilung keine bestimmte Form vor. Sowohl mit der EU-Kommission als auch mit Vertretern der Republik Irland wurden ausführliche Gespräche geführt, die insbesondere die europarechtlichen Aspekte des Gesetzgebungsvorhabens betrafen. Die EU-Kommission hat keine Aufforderung übermittelt, von der Verabschiedung des Gesetzes Abstand zu nehmen.

2. Materialien zum Medienstaatsvertrag

a) Relevante Bestimunngen des MStV-E

Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland[249]

§ 1 Anwendungsbereich

(...)

(7) Für Anbieter von Telemedien gilt dieser Staatsvertrag, wenn sie nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in der Bundesrepublik Deutschland[250] niedergelassen sind.

249 Entwurf gemäß EU Notifizierung, Notifizierungsnummer: 2020/65/D (Deutschland), inhaltlich im Wesentlichen entsprechend in Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 7.
250 Abweichend in Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 7: „in Deutschland".

(8) Abweichend von Absatz 7 gilt dieser Staatsvertrag für Medienintermediäre, Medienplattformen und Benutzeroberflächen, soweit sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Medienintermediäre, Medienplattformen oder Benutzeroberflächen sind dann als zur Nutzung in Deutschland bestimmt anzusehen, wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in der Bundesrepublik Deutschland richten oder in der Bundesrepublik Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen. Für die Zwecke der §§ 97 bis 100[251] gilt dieser Staatsvertrag für Video-Sharing-Dienste im Anwendungsbereich der Richtlinie (EU) 2010/13/EU, in der Fassung der Richtlinie (EU) 2018/1808/EU, wenn sie nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in der Bundesrepublik Deutschland[252] niedergelassen sind; im Übrigen gilt Satz 1.

§ 92 Inländischer Zustellungsbevollmächtigter

Anbieter von Medienintermediären haben im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen und auf ihrem Angebot in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer Weise auf ihn aufmerksam zu machen. An diese Person können Zustellungen in Verfahren nach § 117 bewirkt werden. Das gilt auch für die Zustellung von Schriftstücken, die solche Verfahren einleiten oder vorbereiten.

§ 97 Anwendungsbereich [4. Unterabschnitt Video-Sharing-Dienste]

Dieser Unterabschnitt gilt für Video-Sharing-Dienste im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 22. Weitere Anforderungen nach diesem Abschnitt bleiben unberührt.

§ 98 Inländischer Zustellungsbevollmächtigter

Anbieter eines Video-Sharing-Dienstes haben im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen und in ihrem Angebot in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer Weise auf ihn aufmerksam zu machen. An diese Person können Zustellungen in Verfahren nach § 117 bewirkt werden. Das gilt

251 Abweichend in Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 7: „§§ 97 bis 99“.
252 Abweichend in Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 7: „in Deutschland“.

auch für die Zustellung von Schriftstücken, die solche Verfahren einleiten oder vorbereiten.[253]

b) Auszüge aus der Entwurfsbegründung

aa) Zu § 1 Abs. 7 und 8 MStV

Entwurfsbegründung zu § 1 Abs. 7 und 8 gemäß Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 80:

„Absatz 7 legt fest, dass sich die Frage der Anwendbarkeit des deutschen Rechts bei Telemedien grundsätzlich nach den Vorgaben des Telemediengesetzes richtet. Der Medienstaatsvertrag gilt daher unbeschadet der Regelungen des nachfolgenden Absatzes 8 für alle Anbieter von Telemedien, die nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in Deutschland niedergelassen sind.

Nach Absatz 8 Satz 1 gilt dieser Staatsvertrag für Medienintermediäre, Medienplattformen und Benutzeroberflächen, soweit sie zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Für diese besonderen Telemedien wird somit – abweichend von der grundsätzlichen Regelung des Absatzes 7 – das sog. Marktortprinzip verankert. Die Verankerung des Marktortprinzips ist auch in Ermangelung entsprechender europäischer Regelungen und aufgrund der fehlenden Regelungskompetenz der Europäischen Union notwendig, um Medienpluralismus sowie kommunikative Chancengleichheit in Deutschland sicherzustellen (siehe zur Abgrenzung zu Video-Sharing-Diensten auch die Begründung zu § 97). Satz 2 enthält einen nicht abschließenden Kriterienkatalog, nach dem im Rahmen einer Gesamtschau die Bestimmung zur Nutzung in Deutschland zu ermitteln ist. Satz 3 stellt für Video-Sharing-Dienste klar, dass die Bestimmungen der §§ 97 bis 99 im Anwendungsbereich der AVMD-Richtlinie nur dann gelten, wenn der Video-Sharing-Dienst nach den Vorschriften des Telemediengesetzes in der Bundesrepublik Deutschland niedergelassen ist“.

bb) Zu § 97 MStV

Entwurfsbegründung zu § 1 Abs. 7 und 8 gemäß Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 111:

253 Die Vorschrift, welche noch in der von der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossenen Fassung enthalten war, wurde auf die Mittelung der EU-Kommission vom 27. 4. 2020 hin (siehe Anhang unten) ersatzlos gestrichen und ist in der den Landesparlamenten vorgelegten Entwurfsfassung nicht mehr enthalten, vgl. Bayer. LT-Drs. 18/7640.

„Die §§ 97 ff. dienen der Umsetzung der Artikel 28a und 28b der AVMD-Richtlinie. § 97 stellt klar, dass die übrigen Vorschriften des V. Abschnitts daneben anwendbar bleiben, von den §§ 97 ff. also nicht verdrängt werden. Die Bestimmungen stehen selbstständig nebeneinander. Die vielfaltsorientierten Bestimmungen für Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Medienintermediäre verfolgen einen anderen Regelungszweck als die Vorgaben für Video-Sharing-Dienste nach der AVMD-Richtlinie. Dienen erstere durch Transparenzgebote, Diskriminierungsverbote und Regeln zur Auffindbarkeit von Angeboten mit gesellschaftlichem Mehrwert dem Erhalt kommunikativer Chancengleichheit und damit des Medien- und Meinungspluralismus, statuiert die AVMD-Richtlinie für Anbieter von Video-Sharing-Diensten vor allem Mitwirkungspflichten beim Umgang mit als schädlich bewerteten Inhalten.

Da einzelne Angebote, je nach konkreter Ausgestaltung sowohl unter den Begriff der Video-Sharing-Dienste als auch beispielsweise unter den des Medienintermediärs fallen können, wird die parallele Anwendbarkeit der Bestimmungen aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ausdrücklich klargestellt".

c) Mitteilung 303 der Kommission zum MStV v. 27. 4. 2020

Mitteilung der Kommission – **TRIS/(2020) 01530**

Richtlinie (EU) 2015/1535

Notifizierung: 2020/0026/D
Bemerkungen der Kommission (Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2015/1535). Diese Bemerkungen verlängern nicht die Stillhaltefrist.

(MSG: 202001530.DE)

1. MSG 303 IND 2020 0026 D DE 27-04-2020 27-04-2020 COM 5.2
2. Kommission
3. GD GROW/B/2 – N105 04/63
4. 2020/0026/D – SERV30

5. Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie (EU) 2015/1535
6. im Rahmen des Notifizierungsverfahrens gemäß der Richtlinie (EU) 2015/1535 notifizierten die deutschen Behörden der Kommission am 24. Januar 2020 „Artikel 1, §§ 1, 2, 18, 19, 22, 74, 78 bis 96, 117 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2, 16, 21 bis 44 und Artikel 2 des Entwurfes eines Staatsvertrages zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland".

In der Notifizierungsmitteilung begründen die deutschen Behörden den Maßnahmenentwurf und die Anforderungen, die Online-Diensteanbietern von Medieninhalten (sog. „Gatekeeper") auferlegt wurden, mit der Notwendigkeit, den Medienpluralismus im Internet zu sichern. Darüber hinaus beschreiben die deutschen Behörden den notifizierten Entwurf als teilweise Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1808 vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten.

Die Dienststellen der Kommission richteten am 24. März 2020 ein Ersuchen um ergänzende Informationen an die deutschen Behörden, um Klarstellungen in Bezug auf den notifizierten Entwurf zu erhalten. Die von den deutschen Behörden am 2. April 2020 übermittelten Antworten werden bei der folgenden Bewertung berücksichtigt.

Die Prüfung des notifizierten Entwurfs hat die Kommission zur Abgabe der folgenden Bemerkungen veranlasst.

Allgemeine Bemerkungen

In der Notifizierungsmitteilung verweisen die deutschen Behörden auf die grundlegenden Veränderungen in der Medienlandschaft, insbesondere auf die zunehmende Bedeutung bestimmter Online-Dienste (sog. „Gatekeeper") für die Auffindbarkeit medialer Angebote und den Zugang hierzu. Das Ziel des Vertragsentwurfs besteht nach Angaben der deutschen Behörden darin, den Pluralismus zu erhalten und die Vielfalt zu fördern.

Der Medienpluralismus ist ein Grundwert der Europäischen Union, wie er in Artikel 11 (2) der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert ist. In dieser Hinsicht anerkennt die Kommission das Ziel von Initiativen zur Förderung des Medienpluralismus und teilt es. Auf Unionsebene fördert die Kommission diesen Pluralismus unter anderem durch die Finanzierung des

Monitors für Medienpluralismus, der derzeit die Auswirkungen der Digitalisierung auf den Medienpluralismus in der gesamten EU untersucht.

Die Kommission setzt sich auch dafür ein, die Medienvielfalt und den Medienpluralismus im Online-Umfeld zu wahren und zu fördern. In diesem Zusammenhang hat die Kommission angekündigt, auf EU-Ebene die Verantwortung von Online-Plattformen in Bezug auf Inhalte im angekündigten EU Rechtsakt zu Digitalen Diensten („Digital Services Act") zu regulieren. Es soll ebenfalls geprüft werden, ob die Rolle von Online Plattformen als Online-„Gatekeeper" zu neuen ex ante Regeln auf EU-Ebene führen soll.

Nach Prüfung des notifizierten Entwurfs und unter Berücksichtigung der Antworten der deutschen Behörden auf das Ersuchen der Dienststellen der Kommission um ergänzende Informationen hat die Kommission indessen gewisse Bedenken hinsichtlich der Frage, ob einige der in dem notifizierten Entwurf enthaltenen Maßnahmen den im Binnenmarkt geschützten freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft in unverhältnismäßiger Weise beschränken könnten. Die Begründung wird nachstehend dargelegt.

Anwendbarkeit der Richtlinie 2000/31/EG
Auf der Grundlage der der Kommission in dieser Notifizierung zur Verfügung gestellten Informationen ist die Kommission der Auffassung, dass die Richtlinie 2000/31/EG („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), die den horizontalen Rahmen für Dienste der Informationsgesellschaft bildet, auf die einschlägigen Bestimmungen des notifizierten Entwurfs anwendbar ist.

Die deutschen Behörden machen geltend, dass der notifizierte Entwurf unter Artikel 1 Absatz 6 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr falle, wonach „Maßnahmen auf gemeinschaftlicher oder einzelstaatlicher Ebene, die unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts der Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt und dem Schutz des Pluralismus dienen, von dieser Richtlinie unberührt bleiben". Um sich auf eine solche Bestimmung zu berufen, müssen die Maßnahmen tatsächlich und objektiv dem Schutz des Medienpluralismus dienen und in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen der Maßnahme stehen. In ähnlichen, relevanten Rechtssachen hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) an die Bedingungen erinnert, die die Mitgliedstaaten erfüllen müssen, wenn sie Maßnahmen zur Sicherung des Pluralismus ergreifen, welche eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen könnte. Darüber hinaus müssen Mitgliedstaaten gemäß Artikel 1 Absatz 6, auch wenn die Richtlinie über den elektronischen Ge-

schäftsverkehr die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Förderung des Pluralismus nicht berührt, beim Erlass solcher Maßnahmen das weitere EU-Recht beachten, zu dem auch die Bestimmungen der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gehören.

Daher werden mit Artikel 1 Absatz 6 die Bestimmungen der Richtlinie (im Gegensatz zu Artikel 1 Absatz 5) nicht ausgeschlossen, sondern wird vielmehr die Bedeutung hervorgehoben, die die EU dem Schutz des Pluralismus als einem Faktor beimisst, den die Mitgliedstaaten bei der Regulierung der Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft berücksichtigen mögen (vgl. Erwägungsgrund 63 der Richtlinie).

Was den sachlichen Anwendungsbereich des notifizierten Entwurfs angeht, geben die deutschen Behörden sowohl in Artikel 1 als auch in der Notifizierungsmitteilung an, dass die neuen Verpflichtungen für „Telemediendienste“ gelten würden. Wie die deutschen Behörden in ihren Antworten ausgeführt haben, sind „Telemediendienste“ im Telemediengesetz definiert und geregelt, das die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr in deutsches Recht umsetzt und alle Dienste der Informationsgesellschaft umfasst, die weder Rundfunk- noch Telekommunikationsdienste sind. Demzufolge stellen Telemediendienste nach dem Telemediengesetz und dem notifizierten Entwurf Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr dar.

In Anbetracht der Informationen, die die deutschen Behörden im Zusammenhang mit dieser Notifizierung übermittelt haben, ist die Kommission der Auffassung, dass Telemediendienste im Rahmen des notifizierten Entwurfs als Dienste der Informationsgesellschaft gemäß Artikel 2 Buchstabe a der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und Artikel 1 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2015/1535 anzusehen sind.

Die Anwendbarkeit der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr auf den notifizierten Entwurf wird auch durch die materiellen Verpflichtungen bestimmt, welche die Aufnahme oder Ausübung der Tätigkeit eines Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft betreffen. Diese Verpflichtungen würden somit in den koordinierten Bereich der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gemäß Artikel 2 Buchstabe h Ziffer i fallen und wurden folglich in Bezug auf diese Richtlinie bewertet.

Vereinbarkeit mit Artikel 3 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Artikel 3 Absatz 1, (2) und (3) der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Artikel 3 Absätze 1 und 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr legt im sekundären EU-Recht Bestimmungen fest, die dem Grundsatz der Freiheit der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen gemäß Artikel 56 AEUV im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft entsprechen. Dieser Grundsatz des Binnenmarkts ist auch als Herkunftslandprinzip oder Grundsatz der Herkunftslandkontrolle bekannt.

Nach Absatz 1 muss jeder Mitgliedstaat dafür Sorge tragen, dass die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen. Absatz 2 fügt hinzu, dass die Mitgliedstaaten den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat nicht aus Gründen einschränken dürfen, die in den koordinierten Bereich fallen.

Der notifizierte Entwurf legt Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft, die Zugang zu Medieninhalten gewähren, bestimmte Verpflichtungen auf, welche die Aufnahme und die Ausübung der Dienstleistungstätigkeiten betreffen. Die Kommission vertritt daher die Auffassung, dass diese Verpflichtungen in den koordinierten Bereich der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr fallen, wie sie in deren Artikel 2 Buchstabe h definiert werden.

Im Hinblick auf den räumlichen Anwendungsbereich des notifizierten Entwurfs bestätigen die deutschen Behörden in ihrer Antwort auf das Ersuchen der Dienststellen der Kommission um ergänzende Informationen, dass bestimmte Verpflichtungen gemäß dem notifizierten Entwurf (§§ 78 ff. und 91 ff.) für Diensteanbieter (Anbieter von Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Medienintermediären) gelten würden, die einen Schwellenwert von Nutzern überschreiten, unabhängig davon, ob sie im deutschen Staatsgebiet oder in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind. Dies bedeutet, dass bestimmte Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, die in einem anderen Mitgliedstaat als Deutschland niedergelassen sind, ebenfalls erfasst werden, sofern die Zahlen von täglichen Nutzern pro Monat, denen sie einschlägige Dienste erbringen, die festgelegten Schwellenwerte überschreiten.

Die Verpflichtungen im Rahmen des notifizierten Entwurfs scheinen darüber hinaus von keinem der im Anhang der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr aufgeführten Bereiche abgedeckt zu sein, die gemäß deren Artikel 3 Absatz 3 freigestellt sind.

Der notifizierte Entwurf erlegt daher in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringern Verpflichtungen auf, wie etwa die Pflicht, den deutschen Behörden die Aufnahme der Tätigkeit mindestens einen Monat vorher mitzuteilen (§ 79); die Transparenzverpflichtungen in Bezug auf die Kriterien für die Aggregation, Auswahl, und Präsentation der Inhalte (einschließlich Algorithmen) (§ 93); die Verpflichtung, bestimmten Angeboten Vorrang einzuräumen (§ 94); sowie die Transparenz- und Berichtspflichten und die den deutschen Behörden übertragenen Untersuchungsbefugnisse (§ 95). In ähnlichen Fällen hat der EuGH die Frage welche Maßnahmen das Potenzial haben, den freien Dienstleistungsverkehr zu beschränken, weit ausgelegt.

Die Kommission ist auf der Grundlage der verfügbaren Informationen und vorbehaltlich der Prüfung im folgenden Abschnitt der Auffassung, dass die in dem notifizierten Entwurf enthaltenen Verpflichtungen eine Beschränkung der Freiheit der grenzüberschreitenden Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft darstellen könnten, was einen Verstoß gegen Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr darstellen würde, da sie für in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft gelten würden.

Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr sieht vor, dass Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen können, um in Bezug auf einen bestimmten Dienst der Informationsgesellschaft von Absatz 2 abzuweichen, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind. Die deutschen Behörden haben nicht geltend gemacht, dass die im notifizierten Entwurf enthaltenen restriktiven Maßnahmen, die vom Grundsatz der Herkunftslandkontrolle abweichen, gemäß Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr gerechtfertigt sind. Der Vollständigkeit halber hat die Kommission dennoch geprüft, ob die genannte Ausnahme nach Artikel 3 Absatz 4 auf diesen besonderen Fall anwendbar sein könnte.

In Artikel 3 Absatz 4 sind die ausschließlichen Gründe aufgeführt, aus denen die Mitgliedstaaten vom Grundsatz der Herkunftslandkontrolle abweichen können. Damit die genannte Ausnahmeregelung in Anspruch genommen werden kann, müssen die Maßnahmen zielgerichtet und verhältnismäßig sein und nach dem Verfahren des Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b erlassen werden.

Im vorliegenden Fall haben die deutschen Behörden keine Informationen übermittelt, aus denen hervorgeht, dass die in Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr festgelegten Verfahrensvorschriften erfüllt sind. Diese Bestimmung verlangt insbesondere, dass der andere Mitgliedstaat/die anderen Mitgliedstaaten, in dem/denen der betreffende/die betreffenden Diensteanbieter niedergelassen ist/sind, keine (angemessenen) Maßnahmen ergriffen hat/haben, obwohl er/sie von dem Mitgliedstaat, der beabsichtigt, die restriktiven Maßnahmen unter Abweichung von Artikel 3 Absatz 2 zu erlassen, hierzu aufgefordert wurde(n). Die Bestimmung verlangt zudem, dass der Mitgliedstaat anschließend die anderen betroffenen Mitgliedstaaten über die beabsichtigten restriktiven Maßnahmen unterrichtet.

Aus den vorstehenden Erwägungen geht hervor, dass der notifizierte Entwurf geeignet ist, die freie grenzüberschreitende Erbringung von Diensten der Informationsgesellschaft durch Anbieter, die in anderen Mitgliedstaaten als Deutschland niedergelassen sind, einzuschränken, ohne dass die einschlägigen Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Verbot des Erlasses solcher beschränkender Maßnahmen, insbesondere die Verfahrensvorschriften nach Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b, erfüllt sind, um ein angemessenes Vorgehen der zuständigen Behörden des Herkunftsstaats bzw. der Herkunftsstaaten zu gewährleisten. Unbeschadet der inhaltlichen Prüfung, ob es notwendig und verhältnismäßig sein könnte, bestimmte Maßnahmen auf „Gatekeeper-Plattformen“ zu ergreifen, um den Medienpluralismus zu schützen und zu fördern, werden die deutschen Behörden ersucht, die Vereinbarkeit des Entwurfs mit den in Artikel 3 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr festgelegten Bedingungen zu prüfen.

Bemerkungen zur teilweisen Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1808 (‚geänderte AVMD-Richtlinie‘)

Vereinbarkeit mit den Begriffsbestimmungen (Artikel 1 der geänderten AVMD-Richtlinie)

Die Kommission weist darauf hin, dass einige Begriffsbestimmungen, die durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 eingeführt wurden (beispielsweise die

Begriffsbestimmung von „redaktionelle Entscheidung“ in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe d (bb), nicht im notifizierten Entwurf enthalten ist.

Die Kommission macht die deutschen Behörden aufmerksam, dass sichergestellt werden muss, dass alle in Artikel 1 der geänderten AVMD-Richtlinie enthaltenen Begriffsbestimmungen im notifizierten Entwurf oder in anderen Bestimmungen des nationalen Rechts ordnungsgemäß umgesetzt sind, wie dies in der Richtlinie vorgeschrieben ist.

Vereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzip und den entsprechenden Bestimmungen der geänderten Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (Artikel 2, 3 und 4 der geänderten AVMD-Richtlinie)

Ähnlich wie die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr beruht die AVMD-Richtlinie auch auf dem in Artikel 2, 3 und 4 der Richtlinie verankerten Herkunftslandprinzip. Nach dem Herkunftslandprinzip unterliegen Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten in der Regel der Rechtshoheit des Mitgliedstaats, in dem sie niedergelassen sind, und können ohne Sekundärkontrollen in allen Mitgliedstaaten Dienste erbringen. In Artikel 2 der geänderten AVMD-Richtlinie sind spezifische Kriterien für die Feststellung des Mitgliedstaats festgelegt, dessen Rechtshoheit Anbieter von audiovisuellen Mediendiensten unterworfen sind. Eng verbunden mit Artikel 2 ist Artikel 3 der geänderten AVMD-Richtlinie, der verlangt, dass die Mitgliedstaaten den freien Empfang gewährleisten und die Weiterverbreitung von audiovisuellen Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet nicht aus Gründen behindern, die Bereiche betreffen, die durch die Richtlinie koordiniert sind.

In Artikel 3 Absatz 2 der geänderten AVMD-Richtlinie sind einige Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip festgelegt, die es den Mitgliedstaaten gestatten, unter bestimmten Bedingungen und nach einem bestimmten Verfahren (s. g. Abweichungsverfahren) von diesem Prinzip abzuweichen. In Artikel 4 der geänderten AVMD-Richtlinie werden ferner die Bedingungen angegeben, unter denen ein Mitgliedstaat nach einem bestimmten Verfahren Anbieter, die sich in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen haben, um strengere Bedingungen zu umgehen, strengeren nationalen Bestimmungen unterwerfen kann, sofern diese Bestimmungen mit dem Unionsrecht im Einklang stehen (s. g. Anti-Umgehungsverfahren). Während die in Artikel 2 der geänderten AVMD-Richtlinie festgelegten Kriterien der Rechtshoheit offenbar ordnungsgemäß in Artikel 1 Absatz 4 des Medienstaatvertragsentwurfs aufgenommen wurden, scheint dies nicht für die Artikel 3 und 4 der geänderten AVMD-

Richtlinie zu gelten. Die Kommission hat insbesondere Zweifel an der Vereinbarkeit der §§ 104 und 52 des Medienstaatsvertragsentwurfs mit der geänderten AVMD-Richtlinie und damit den geltenden Binnenmarktregeln.

Erstens wird mit § 104 Absatz 1 des Medienstaatsvertragsentwurfs der Grundsatz des freien Empfangs und der freien Weiterverbreitung nur teilweise umgesetzt. Dieser sieht vor, dass die Weiterverbreitung bundesweit empfangbarer Angebote, die gemäß Artikel 2 der geänderten AVMD-Richtlinie in einem anderen Mitgliedstaat rechtlich zulässig sind, zulässig ist. Um Artikel 3 korrekt umzusetzen, sollten die nationalen Bestimmungen nicht nur die freie Weiterverbreitung, sondern auch den freien Empfang (d. h. die einfache Verbreitung) aus anderen Mitgliedstaaten gemäß Artikel 3 Absatz 1 der AVMD-Richtlinie (die ebenfalls in der geänderten AVMD-Richtlinie verankert ist) ermöglichen. Darüber hinaus müssen die nationalen Umsetzungsgesetze die Weiterverbreitung oder den Empfang nicht nur bundesweit, sondern auch in einem Teil des deutschen Hoheitsgebiets ermöglichen.

Zweitens sieht § 104 Absatz 2 des Medienstaatsvertragsentwurfs vor, dass die Weiterverbreitung (von audiovisuellen Mediendiensten aus anderen Mitgliedstaaten) nur gemäß Artikel 3 der geänderten AVMD-Richtlinie ausgesetzt werden kann. Darüber hinaus verweist § 104 Absatz 4 des Medienstaatsvertragsentwurfs auf die Möglichkeit, gemäß Artikel 4 der geänderten AVMD-Richtlinie strengere deutsche Vorschriften auf Dienstleistungen anzuwenden, die der Rechtshoheit eines anderen Mitgliedstaats unterliegen und auf deutsche Gebiete ausgerichtet sind. Die Artikel 3 und 4 der geänderten AVMD-Richtlinie sind einige der wichtigsten Bestimmungen dieser Richtlinie, da sie das Herkunftslandprinzip-Prinzip und die Grenzen dieses Grundsatzes festschreiben, die die Eckpfeiler der geänderten AVMD-Richtlinie sind. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich nicht um rein technische Bestimmungen, die den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum bei den Umsetzungsmaßnahmen einräumen. Eine bloße Bezugnahme auf diese Bestimmungen der AVMD-Richtlinie im nationalen Recht würde daher nicht die notwendige Klarheit und Zugänglichkeit der auf nationaler Ebene geltenden Vorschriften gewährleisten, um die Rechtssicherheit bei der Anwendung der Richtlinie zu gewährleisten.

Drittens kann Deutschland nach § 52 des Medienstaatsvertragsentwurfs einem Fernsehveranstalter die Erteilung einer Zulassung versagen, wenn seine Programme ganz oder teilweise auf die Bevölkerung eines anderen Landes ausgerichtet sind, das das Übereinkommen des Europarats über grenzüber-

schreitendes Fernsehen ratifiziert hat, und der Anbieter sich in Deutschland niedergelassen hat, um die Bestimmungen des anderen Staates zu umgehen. Artikel 4 der geänderten AVMSD gilt für Situationen, in denen sich Anbieter in einem Mitgliedstaat niederlassen und ihre Aktivitäten hauptsächlich oder ausschließlich auf andere Mitgliedstaaten ausrichten, und ermöglicht es den betroffenen Mitgliedstaaten, die Kommission aufzufordern, Maßnahmen gegenüber diesen Anbietern zu ergreifen. Das in § 52 des Medienstaatsvertragsentwurfs geregelte Szenario ist jedoch anders. Danach würde das Niederlassungsland einem Anbieter, der sich in seinem Hoheitsgebiet niedergelassen hat, die Zulassung versagen, um die Bestimmungen des Ziellandes zu umgehen, ohne das Verfahren nach Artikel 4 zu aktivieren.

Es ist nicht klar, ob diese Bestimmung auch für Mitgliedstaaten gelten könnte, die das Übereinkommen ratifiziert haben, oder ausschließlich für Drittländer. Es ist untrennbar mit der Niederlassungsfreiheit und dem freien Dienstleistungsverkehr verbunden, dass sich Dienstleistungserbringer in einem Mitgliedstaat niederlassen und ihre Tätigkeiten hauptsächlich oder ausschließlich auf andere Mitgliedstaaten ausrichten können. Nach der Rechtsprechung genügt die Ausübung einer Grundfreiheit, um die günstigere Regelung eines anderen Mitgliedstaats in Anspruch zu nehmen, als solche nicht, um einen Missbrauch dieser Freiheit darzustellen. Darüber hinaus ist das in Artikel 56 AEUV verankerte Recht eines in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmers, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen, nicht davon abhängig, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer solche Dienstleistungen auch in dem Mitgliedstaat erbringt, in dem er niedergelassen ist. Nach Artikel 56 AEUV muss der Dienstleistungserbringer nur in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Empfängers niedergelassen sein. Daher ersucht die Kommission Deutschland, klarzustellen, dass § 52 nicht für Anbieter gilt, die in Deutschland niedergelassen sind, wenn ihre Programme ganz oder teilweise auf die Bevölkerung eines anderen Mitgliedstaats ausgerichtet sind. Davon unberührt bleibt die Einführung nationaler Bestimmungen in den notifizierten Entwurf, die speziell Artikel 4 der geänderten AVMD-Richtlinie umsetzen, einschließlich der einschlägigen Kooperationsmechanismen mit den Zielmitgliedstaaten.

Vorschriften über die Zugänglichkeit (Artikel 7 der geänderten AVMD-Richtlinie)

Artikel 7 Absatz 3 der geänderten AVMD-Richtlinie führt die Verpflichtung für die Mediendiensteanbieter ein, Aktionspläne für Barrierefreiheit zu erarbei-

ten. Artikel 7 Absatz 4 der geänderten AVMD-Richtlinie führt eine eindeutige Verpflichtung für die Mitgliedstaaten ein, eine einzige, leicht zugängliche und öffentlich verfügbare Online-Anlaufstelle festzulegen, über die Informationen bereitgestellt und Beschwerden entgegengenommen werden, die alle Fragen in Bezug auf die Barrierefreiheit von Mediendiensten für Menschen mit Behinderungen betreffen. Des Weiteren verlangt Artikel 7 Absatz 5 von den Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass Notfallinformationen, die der Öffentlichkeit mittels audiovisueller Mediendienste zugänglich gemacht werden, so bereitgestellt werden, dass sie für Menschen mit Behinderungen zugänglich sind. § 7 des Medienstaatsvertragsentwurfs enthält diese gesetzlichen Verpflichtungen nicht.

Vorschriften für Videoplattformdienste (Artikel 28a und 28b der geänderten AVMD-Richtlinie)

Artikel 28a der geänderten AVMD-Richtlinie legt Vorschriften in Bezug auf die Rechtshoheit für Video-Sharing-Plattformen (VSP) fest. Wie die deutschen Behörden in ihren Antworten bestätigt haben, gilt der notifizierte Entwurf auch für Online-Dienste, die als Videoplattformdienste gelten, die eine spezifische Kategorie von Diensten der Informationsgesellschaft darstellen, die ebenfalls in den Artikeln 1 und 28a und 28b der geänderten AVMD-Richtlinie geregelt sind. In diesem Zusammenhang nimmt die Kommission die Zusage der deutschen Behörden in ihren Antworten zur Kenntnis, § 98 des notifizierten Entwurfs, der die Verpflichtung zur Bestellung eines gesetzlichen Vertreters in Deutschland betrifft, zu streichen.

Es ist nicht klar, ob der notifizierte Medienstaatsvertragsentwurf als Rechtsakt zur Umsetzung von Artikel 28a der geänderten AVMD-Richtlinie in die deutsche Rechtsordnung anzusehen ist. So erweckt beispielsweise §1 Absatz 8 in Verbindung mit §1 Absatz 7 den Eindruck, dass die Zuständigkeitsregeln in Bezug auf Videoplattformen unter das deutsche Telemediengesetz fallen würden. In jedem Fall möchte die Kommission die deutschen Behörden daran erinnern, wie wichtig es ist, dass die Zuständigkeitsvorschriften für Videoplattformen innerhalb der in der Richtlinie (EU) 2018/1808 vorgeschriebenen Frist in nationales Recht umgesetzt und der Kommission mitgeteilt werden.

Desweitern sind die Bestimmungen zur Umsetzung von Artikel 28b Absatz 1 und mehrere Verfahrenserfordernisse nach Artikel 28b Absatz 3 nicht in dem notifizierten Entwurf enthalten. Daher geht die Kommission davon aus, dass die deutschen Behörden diese Bestimmungen der Richtlinie (EU) 2018/1808 durch andere nationale Maßnahmen umsetzen werden.

Andere EU-Vorschriften zu bestimmten rechtlichen Aspekten der Tätigkeiten von Online-Plattformen

Die Kommission teilt mit den deutschen Behörden ihre Besorgnis über bestimmte Probleme, die mit dem notifizierten Entwurf gelöst werden sollen. Infolgedessen hat die EU kürzlich bestimmte EU-Vorschriften über Online-Plattformen erlassen, die zusätzlich anwendbar sein werden daher potenziell zu rechtlichen Überschneidungen führen könnten.

Beispielsweise verlangt § 93 des notifizierten Entwurfs, dass Anbieter von Medienintermediären – eine Art Online-Plattform – die „zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen in verständlicher Sprache“ offenlegen müssen. Diese Verpflichtung überschneidet sich mit den neuen EU-Vorschriften über die Ranking-Transparenz für Unternehmen. Diesbezüglich gilt insbesondere Artikel 5 der Verordnung (EU) 2019/1150 ab dem 12. Juli 2020. Daher sind die Mitgliedstaaten nicht mehr befugt, dieselben Angelegenheiten zu regeln. Der Vollständigkeit halber fügt die Kommission hinzu, dass § 93 des notifizierten Entwurfs nicht nur hinsichtlich der verwendeten Sprache, sondern auch im Hinblick auf den Detaillierungsgrad der Informationen, welche die betreffenden Online-Plattformen offenlegen müssen, von der Bestimmung in Artikel 5 der Verordnung abzuweichen scheint.

Darüber hinaus müssen Vermittler, die dieser Mediengesetzgebung unterliegen, möglicherweise künftig die neuen verbraucherrechtlichen Anforderungen der EU erfüllen, nämlich die Richtlinie (EU) 2019/2161 , die bis zum 28. November 2021 in nationales Recht umgesetzt werden muss. Durch Artikel 3 Absatz 4 Buchstabe b, Artikel 3 Absatz 7 Buchstabe a und Artikel 4 Absatz 5 dieser Richtlinie werden spezifische Anforderungen an die Ranking-Transparenz in den Beziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern für Online-Vermittler eingeführt. Diese Anforderungen werden auch für Vermittler von Bedeutung sein, die dem notifizierten Entwurf unterliegen, sofern sie Tätigkeiten ausüben, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken oder der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher fallen.

Die deutschen Behörden werden gebeten zu erläutern, ob sie den notifizierten Entwurf als Maßnahme zur Umsetzung oder (teilweisen) Umsetzung der genannten Vorschriften ansehen.

Der angekündigte EU Rechtsakt zu Digitalen Diensten

Der Vollständigkeit halber und in Anbetracht der geteilten Bedenken hinsichtlich der noch offenen Probleme, die sich aus der Rolle bestimmter Online-Plattformen ergeben, möchte die Kommission abschließend betonen, dass einige der Aspekte im Anwendungsbereich des notifizierten Entwurf im Rahmen des Pakets zum Rechtsakt über digitale Dienste („Digital Services Act") behandelt werden, wie von Kommissionspräsident von der Leyen in ihren politischen Leitlinien angekündigt wurde. Vor kurzem hat die Kommission ihre Mitteilung „Europas digitale Zukunft gestalten" angenommen ,in der die digitalen Bereiche, in denen die Kommission Initiativen auf EU-Ebene plant, näher beschrieben werden.

Mit dem „Digital Services Act" sollen die Haftungsvorschriften und andere Vorschriften, die für die einschlägigen Anbieter von Online-Vermittlungsdiensten gelten, aktualisiert und der digitale Binnenmarkt vollendet werden. Die Initiative auf EU-Ebene zielt darauf ab, der Notwendigkeit klarer und harmonisierter Vorschriften betreffend die Verantwortung dieser Anbieter Rechnung zu tragen und gleichzeitig die regulatorische Fragmentierung des Binnenmarkts zu vermeiden, die nationale Initiativen mit sich bringen können. Darüber hinaus werden Mechanismen für eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen den Behörden des Herkunfts- und des Bestimmungsstaats sowie mit der Kommission geprüft.

Was den sachlichen Anwendungsbereich angeht, wird die Initiative zum Digital Services Act Bereiche abdecken, die im Zusammenhang mit dem Verhalten von Online-Diensteanbietern stehen, einschließlich der Rolle und Transparenz von Algorithmen. Insbesondere wird in der genannten Mitteilung darauf verwiesen, dass es „klarerer Regeln für die Transparenz, das Verhalten und die Rechenschaftspflicht derjenigen [bedarf], die als Torwächter für Informationen und Datenverkehr handeln". Das Europäische Parlament hat außerdem einen Bericht zu automatisierten Entscheidungsfindungsprozessen angenommen, in dem die Notwendigkeit hervorgehoben wird, den gegenwärtigen Rechtsrahmen zu überarbeiten (einschließlich der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr).

Die Kommission teilt uneingeschränkt das Ziel, den Medienpluralismus als wichtige Grundlage der europäischen Gesellschaft und der Europäischen Union zu sichern. Aus diesem Grund hat die Kommission mit den Vorarbeiten zur Vorlage und Annahme eines Legislativvorschlags begonnen, mit dem auf europäischer Ebene ein Problem angegangen werden soll, das naturgemäß

über nationale Grenzen hinausreicht. Daher werden die Mitgliedstaateneingeladen, gemeinsam an einer EU-weiten Lösung zu arbeiten, mit der alle nationalen Maßnahmen kohärent sein müssen. Die Kommission ist entschlossen, bei der Ausarbeitung und Verhandlung des geplanten Digital Services Act eng mit den Mitgliedstaaten zusammenzuarbeiten, und lädt die deutschen Behörden ein, sich aktiv an diesem Prozess zu beteiligen.

Schlussfolgerung
Aus den dargelegten Gründen ersucht die Kommission die deutschen Behörden, die vorstehenden Bemerkungen zu berücksichtigen. Die Kommissionsdienststellen sind offen für eine enge Zusammenarbeit und Gespräche mit den deutschen Behörden über mögliche Lösungen für die ermittelten Probleme unter uneingeschränkter Achtung des EU-Rechts.

3. Materialien zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag

a) MPK-Fassung des § 2 Abs. 1 JMStV

§ 2 Geltungsbereich

Dieser Staatsvertrag gilt für Rundfunk und Telemedien im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages. Die Vorschriften dieses Staatsvertrages gelten auch für Anbieter, die ihren Sitz nach den Vorschriften des Telemediengesetzes sowie des Medienstaatsvertrages nicht in Deutschland haben, soweit die Angebote zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Hiervon ist auszugehen, wenn sie sich in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in der Bundesrepublik Deutschland richten oder in der Bundesrepublik Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen.[254]

254 Beschlussfassung der Konferenz der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 5. Dezember 2019.

b) Fassung des § 2 Abs. 1 JMStV im Parlamentsentwurf

§ 2 Geltungsbereich

Dieser Staatsvertrag gilt für Rundfunk und Telemedien im Sinne des Medienstaatsvertrages. Die Vorschriften dieses Staatsvertrages gelten auch für Anbieter, die ihren Sitz nach den Vorschriften des Telemediengesetzes sowie des Medienstaatsvertrages nicht in Deutschland haben, soweit die Angebote zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind und unter Beachtung der Vorgaben der Artikel 3 und 4 der Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) (ABl. L 95 vom 15. 4. 2010, S. 1), die durch die Richtlinie 2018/1808/EU (ABl. L 303 vom 28. 11. 2018, S. 69) geändert wurde, sowie des Artikels 3 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) (ABl. L 178 vom 17. 7. 2000, S. 1). Von der Bestimmung zur Nutzung in Deutschland ist auszugehen, wenn sich die Angebote in der Gesamtschau, insbesondere durch die verwendete Sprache, die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten, an Nutzer in Deutschland richten oder in Deutschland einen nicht unwesentlichen Teil ihrer Refinanzierung erzielen.[255]

c) Auszüge der Entwurfsbegründung zu § 2 Abs. 1 S. 2 u. 3 JMStV

Der neue Absatz 1 Satz 2 stellt klar, dass die Bestimmungen des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages auch für solche Anbieter gelten, die ihren Sitz nach den Vorschriften des Telemediengesetzes sowie des Medienstaatsvertrages nicht in Deutschland haben, deren Angebote jedoch zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind. Unter gleichzeitiger Beachtung der Vorgaben der Artikel 3 und 4 der AVMD-Richtlinie sowie des Artikels 3 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, ins-

255 Fassung. der Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 70.

besondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) (ABl. L 178 vom 17. 7. 2000, S. 1) werden damit ein umfassender Jugendmedienschutz ermöglicht und die Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung der Aufsicht gegenüber ausländischen Anbietern verbessert. Bisher war ein Vorgehen gegen ausländische Anbieter bereits über § 20 Abs. 6 Satz 2 möglich.

Im Einklang mit Erwägungsgrund 38 der AVMD-Richtlinie formuliert § 2 Abs. 1 Satz 3 sodann Indikatoren, bei deren Vorliegen eine solche Nutzungsbestimmung angenommen werden kann. Um zu ermitteln, ob Angebote zur Nutzung in Deutschland bestimmt sind, hat eine Gesamtbetrachtung des Angebotes zu erfolgen. Hierbei kann unter anderem relevant sein, dass das Angebot bzw. die Inhalte im Angebot oder Teile davon in deutscher Sprache verfasst sind. Aber auch die angebotenen Inhalte oder Marketingaktivitäten können relevante Indikatoren sein. Weitere Indizien können sein, wenn sich die Ansprache im Angebot direkt an Nutzer in Deutschland richtet, bzw. ein nicht unwesentlicher Teil der Refinanzierung in Deutschland erzielt wird.[256]

4. Materialen zum Jugendschutzgesetz

a) Relevante 2.JuSchGÄndG-Entwurfsvorschriften im Wortlaut

Auszugsweise wiedergegebene Vorschriften aus dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend „Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes“, Bearbeitungsstand vom 10. 2. 2020:

§ 1 [Abs. 6] Begriffsbestimmungen

(…)

(6) Diensteanbieter im Sinne dieses Gesetzes sind Diensteanbieter nach dem Telemediengesetz.

256 Entwurfsbegründung zu § 2 JMStV, Bayer. LT-Drs. 18/7640, S. 117.

§ 14a Kennzeichnung bei Film- und Spielplattformen

(1) Film- und Spielplattformen, die als Diensteanbieter Filme oder Spielprogramme in einem Gesamtangebot zusammenfassen und mit Gewinnerzielungsabsicht als eigene Inhalte nach § 7 des Telemediengesetzes zum individuellen Abruf zu einem von den Nutzerinnen und Nutzern gewählten Zeitpunkt bereithalten, müssen gemäß den Altersstufen des § 14 Absatz 2 die in der Plattform bereitgehaltenen Filme und Spielprogramme im Falle einer Entwicklungsbeeinträchtigung mit einer entsprechenden deutlichen Kennzeichnung versehen, die
1. im Rahmen des Verfahrens des § 14 Absatz 6 oder durch eine nach § 19 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages anerkannte Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle oder
2. durch ein von den obersten Landesbehörden anerkanntes automatisiertes Bewertungssystem einer im Rahmen einer Vereinbarung nach § 14 Absatz 6 tätigen Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle vorgenommen wurde, wenn keine Kennzeichnung im Sinne des Nummer 1 gegeben ist.

§ 10b und § 14 Absatz 2a gelten entsprechend.

(2) Der Diensteanbieter ist von der Pflicht nach Absatz 1 Satz 1 befreit, wenn die Film- oder Spielplattform im Inland weniger als eine Million Nutzerinnen und Nutzer hat.

§ 24a Vorsorgemaßnahmen

(1) Diensteanbieter, die fremde Informationen für Nutzerinnen und Nutzer mit Gewinnerzielungsabsicht speichern oder bereitstellen, haben unbeschadet des § 10 des Telemediengesetzes durch angemessene und wirksame strukturelle Vorsorgemaßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Schutzziele des § 10a Nummer 1 bis 3 gewahrt werden. Die Pflicht nach Satz 1 besteht nicht für Diensteanbieter, deren Angebote sich nicht an Kinder und Jugendliche richten und von diesen üblicherweise nicht genutzt werden sowie für journalistisch-redaktionell gestaltete Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden.

(2) Als Vorsorgemaßnahmen kommen insbesondere in Betracht:

1. die Bereitstellung eines den Bestimmungen der §§ 10a Absatz 1 und Absatz 2 und 10b Absatz 1 bis Absatz 3 Satz 2 des Telemediengesetzes entsprechenden Melde- und Abhilfeverfahrens, mit dem Nutzerinnen und Nutzer folgende Beschwerden melden können:
   a) unzulässige Angebote nach § 4 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages, oder
   b) entwicklungsbeeinträchtigende Angebote nach § 5 Absatz 1 und 2 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages, die der Diensteanbieter der Allgemeinheit bereitstellt, ohne seiner Verpflichtung aus § 5 Absatz 1 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages durch Maßnahmen nach § 5 Absatz 3 bis 5 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages nachzukommen;
2. die Bereitstellung eines Melde- und Abhilfeverfahrens mit einer für Kinder und Jugendliche geeigneten Benutzerführung, im Rahmen dessen insbesondere minderjährige Nutzer und Nutzerinnen Beeinträchtigungen ihrer persönlichen Integrität durch nutzergenerierte Informationen dem Diensteanbieter melden können;
3. die Bereitstellung eines Einstufungssystems für nutzergenerierte audiovisuelle Inhalte, mit dem Nutzerinnen und Nutzer im Zusammenhang mit der Generierung standardmäßig insbesondere dazu aufgefordert werden, die Eignung eines Inhalts entsprechend der Altersstufe „ab 18 Jahren“ als nur für Erwachsene zu bewerten;
4. die Bereitstellung technischer Mittel zur Altersverifikation für nutzergenerierte audiovisuelle Inhalte, die die Nutzerin oder der Nutzer im Zusammenhang mit der Generierung entsprechend der Altersstufe „ab 18 Jahren“ als nur für Erwachsene geeignet bewertet hat;
5. der leicht auffindbare Hinweis auf anbieterunabhängige Beratungsangebote, Hilfe- und Meldemöglichkeiten;
6. die Bereitstellung technischer Mittel zur Steuerung und Begleitung der Nutzung der Angebote durch personensorgeberechtigte Personen;
7. die Einrichtung von Voreinstellungen, die Nutzungsrisiken für Kinder und Jugendliche unter Berücksichtigung ihres Alters begrenzen, indem insbesondere ohne ausdrückliche anderslautende Einwilligung
   a) Nutzerprofile weder durch Suchdienste aufgefunden werden können, noch für nicht angemeldete Personen einsehbar sind,
   b) Standort- und Kontaktdaten und die Kommunikation mit anderen Nutzerinnen und Nutzern nicht veröffentlicht werden,

c) die Kommunikation mit anderen Nutzerinnen und Nutzern auf einen von den Nutzerinnen und Nutzern vorab selbst gewählten Kreis eingeschränkt ist,
d) die Nutzung anonym oder unter Pseudonym erfolgt und
e) Nutzungsdaten nicht an Dritte weitergegeben werden;

8. die Verwendung von Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Anforderungen des § 10c Absatz 1 des Telemediengesetzes entsprechen und die für die Nutzung wesentlichen Bestimmungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in kindgerechter Weise darstellen.

(3) Der Diensteanbieter ist von der Pflicht nach Absatz 1 und 2 befreit, wenn das Angebot im Inland weniger als eine Million Nutzerinnen und Nutzer hat.

(4) Die Bestimmungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352) und des Telemediengesetzes [vom (BGBl.)] bleiben unberührt.

§ 24d Inländischer Zustellungsbevollmächtigter

Diensteanbieter im Sinne des § 24a Absatz 1 haben einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen und auf diesen in ihrem Angebot in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer Weise aufmerksam zu machen. An den inländischen Zustellungsbevollmächtigten können unter Beachtung des § 24a Absatz 4 Zustellungen in Verfahren nach § 24b Absatz 3 und 4 bewirkt werden. Das gilt auch für die Zustellung von Schriftstücken, die solche Verfahren einleiten oder vorbereiten.

b) Auszüge der Entwurfsbegründung

Auszugsweise Begründung zu § 24a Abs. 1 2.JuSchGÄndG-E:

„Die Norm beinhaltet die generalklauselartige Verpflichtung für Diensteanbieter, angemessene und wirksame strukturelle Vorsorgemaßnahmen im Hinblick auf die in § 10a Nummer 1 bis 3 formulierten Schutzziele zu treffen. Die Verpflichtung ist aufgrund der Vielfalt der Fallgestaltungen und unterschiedlichen technischen Eigenheiten sowie Nutzungsanwendungsbestimmungen der Dienste bzw. deren inhaltliche und strukturelle Ausgestaltung offen formuliert. Es obliegt zuvörderst den Anbietern selbst, zu bestimmen, ob das Angebot vom Anwendungsbereich der Norm erfasst ist und welche kon-

kreten Vorsorgemaßnahmen angemessen sind. Dabei gilt der Grundsatz, je stärker schutzwürdige Interessen der betroffenen Kinder und Jugendlichen berührt sind, desto höher die Anforderungen an die jeweilig zu verlangenden Vorsorgemaßnahmen sein können.

Der Anwendungsbereich der Norm bestimmt sich durch den Verweis in der Begriffsbestimmung in § 1 Absatz 6 auf das TMG nach den dort geltenden Begriffsbestimmungen. So wird in § 2 Nummer 1 TMG der Begriff des Diensteanbieters näher bestimmt. Erfasst sind dort grundsätzlich alle Dienste, die fremde Informationen für Nutzerinnen und Nutzer speichern oder bereitstellen. Diensteanbieter, die eigene Inhalte als eigene Informationen im Sinne des § 7 Absatz 1 TMG bereithalten, sind von der Pflicht nicht erfasst".

Begründung zu § 24a Abs. 4 2.JuSchGÄndG-E:

„Durch Absatz 4 wird klargestellt, dass die Bestimmungen des NetzDG und des TMG von den Regelungen des später in Kraft tretenden Jugendschutzgesetzes unberührt bleiben. Erfasst sind damit auch die in § 3 TMG vorgesehenen Regelungen zum Herkunftslandprinzip und deren Einschränkungsmöglichkeiten. (...)".

c) Änderungen des Referentenentwurfs vom 13.5.2020

aa) Eingefügter § 14a Absatz 3 JuSchGÄndG-E

(3) Die Vorschrift findet auch auf Diensteanbieter Anwendung, deren Sitzland nicht Deutschland ist. §§ 2a und 3 des Telemediengesetzes bleiben unberührt."

bb) Geänderter § 24a Absatz 4 JuSchGÄndG-E

(4) Die Vorschrift findet auch auf Diensteanbieter Anwendung, deren Sitzland nicht Deutschland ist. Die Bestimmungen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes vom 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352) in der jeweils geltenden Fassung gehen vor. Weitergehende Anforderungen dieses Gesetzes zur Wahrung der Schutzziele des § 10a Nummer 1 bis 3 bleiben unberührt. § 2a und § 3 des Telemediengesetzes sowie die Bestimmungen der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 (ABl. L 119 – Datenschutz-Grundverordnung) bleiben unberührt.

Literatur

Altenhain, Karsten: Telemediengesetz in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2019, § 3 TMG.

Böse, Martin: in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB – Kommentar, 5. Aufl. 2017, Vor § 3 ff. StGB.

Bodewig, Theo: Elektronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbewerb, GRUR INt. 2000, 475 ff.

Bornemann, Roland: Dissonanzen im harmonisierten Recht der audiovisuellen Mediendienste, ZUM 2018, 401 ff.

Brand, Peter-Andreas: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 25. 10. 2011 – C-509/09 und C-161/10, NJW 2012, 137, 141 Abs. 66, 67, NJW 2012, 127 ff.

Brettschneider, Jörg: Das Herkunftslandprinzip und mögliche Alternativen aus ökonomischer Sicht: Auswirkungen auf und Bedeutung für den Systemwettbewerb, Duncker & Humblot, Berlin 2015.

Buch, Oliver / Assion, Simon: in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 51b Rn. 20e ff.

Dinov, Stanyo: Das Herkunftslandprinzip bei grenzüberschreitenden Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen im Europäischen Wirtschaftsraum, LIT Verlag Berlin, 2018.

Dramburg, Sebastian / Schwenke, Thomas: Impressumspflicht auf Social-Media-Plattformen, K&R 2011, 811 ff.

Eifert, Martin: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Plattformregulierung in; Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, S. 9 ff.

Feldmann, Thorsten: Zum Referentenentwurf eines NetzDG: Eine kritische Betrachtung, K&R 2017, 292 ff.

Frenzel, Eike Michael: Aktuelles Gesetzgebungsvorhaben: Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG), JuS 2017, 414 ff.

Gersdorf, Hubertus: Hate Speech in sozialen Netzwerke – Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke, MMR 2017, 439 ff.

Ders.: Kompetenzen der Medienaufsicht – Zur Kompetenzwidrigkeit des NetzDG, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 187 ff.

Gerhardinger, Lukas: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Im Zweifel gegen die Meinungsfreiheit?, Fachinformationsdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung Staatsbibliothek zu Berlin – Preußischer Kulturbesitz, 2017.

Frorath, Julia: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – eine Gefahr für die Grundrechte der Anbieter und Nutzer sozialer Netzwerke?, Technische Universität Ilmenau, 2017.

Golz,Robert: Social Bots, „Fake News" und „Hate Speech" – Eine Gefahr für den Meinungsbildungsprozess in den sozialen Netzwerken?, K&R Beilage 2017, 30 ff.

Grandjean, Armelle: Der Code als Gatekeeper: Vielfaltsicherung in Zeiten von Such- und Entscheidungsalgorithmen, Personalisierung und Fake-News, ZUM 2017, 565 ff.

Guggenberger, Nikolas: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung, NJW 2017, 2577 ff.

Gundel, Jörg: Die Fortentwicklung der europäischen Medienregulierung: Zur Neufassung der AVMD-Richtlinie, ZUM 2019, 131 ff.

Hain, Karl-E. / Ferreau, Frederik / Brings-Wiesen, Tobias: Regulierung sozialer Netzwerke revisited, K&R 2017, 433 ff.

Handel, Timo: Hate Speech – Gilt deutsches Strafrecht gegenüber ausländischen Anbietern sozialer Netzwerke?, MMR 2017, 227 ff.

Hamann, Andreas: Der Entwurf einer E-Commerce-Richtlinie unter rundfunkrechtlichen Gesichtspunkten, ZUM 2000, 290 ff.

Härting, Niko / Tekin, David: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG-E) – Eine kritische Zusammenfassung, IPRB 2020, 69 ff.

Heckmann, Dirk: Internetrecht – juris Praxiskommentar, 5. Aufl. 2017.

Heckmann, Dirk / Wimmers, Jörg: Stellungnahme der DGRI zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (NetzDG), CR 2017, 313.

Heidrich, Jörg / Scheuch, Brian: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Anatomie eines gefährlichen Gesetzes, DSRITB 2017, 305, 317.

Heinze, Christian: Urheberrecht als „technische Maßnahme" i.S.d. Richtlinien 98/34/EG und (EU) 2015/1535? – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12. 9. 2019 – EUGH C-299/17 – VG Media/Google, ZUM 2019, 843 ff.

Hoeren, Thomas: Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce – Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, 192 ff.

Ders., IT- und Internetrecht – Kein Neuland für die NJW, NJW 2017, 1587 ff.

Ders. Netzwerkdurchsetzungsgesetz europarechtswidrig, Beck-Expertenblog v. 30. 3. 2017, abrufbar unter https://community.beck.de.

Höld, Forian: Das Vorabentscheidungsverfahren nach § 4 Abs. 5 Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG, MMR 2017, 791 ff.

Holznagel, Daniel: Verpflichtung von Host-Providern zum Auffinden und Löschen wort- und sinngleicher Verletzungen – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. 10. 2019 – C-18/18 – Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland, ZUM 2019, 910 ff.

Hönig d'Orville, Melanie: Die Perspektive der Länder: AVMD-Richtlinie, der 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der „Medienstaatsvertrag" – Angemessene Instrumente für die Regulierungsherausforderungen?, ZUM 2019, 104 ff.

Hoven, Elisa / Gersdorf, Hubertus in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 27. Edition, Stand: 1. 5. 2019.

Jäger, Manuel: Die Novellierung der AVMD-RL – Anwendungsbereich und Werberegulierung – eine erneut vertane Chance?ZUM 2019, 477, 478 ff.

Kalscheuer, Fiete / Hornung, Christian: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Ein verfassungswidriger Schnellschuss,
NVwZ 2017, 1721 ff.

Ladeur, Karl-Heinz: Netzwerkrecht als neues Ordnungsmodell des Rechts, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 169 ff.

Ladeur, Karl-Heinz / Gostomzyk, Tobias: Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit, K&R 2017, 390.

Liesching, Marc: Die Durchsetzung von Verfassung und Europarecht gegen das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, MMR 2018, 26, 29 f.

Ders.: Netzwerkdurchsetzungsgesetz, in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019.

Ders.: Netzwerkdurchsetzungsgesetz, in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 2018.

Mankowski, Peter: Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR Int. 1999, 909 ff.

Marly, Jochen: in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl. 2009, Art. 3 ECRL

Müller-Broich, Jan Dominik: TMG – Kommentar, 2012, § 3.

Müller-Terpitz, Ralf: Soziale Netzwerke als Gegenstand des geltenden Rechts. Eine rechtssystematische Einordnung, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, 45 ff.

Naskret, Stefanie: Das Verhältnis zwischen Herkunftslandprinzip und Internationalem Privatrecht in der Richtlinie zum elektronischen Geschäftsverkehr, 2003.

Nordmeier, Carl Friedrich: in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Teil 12 § 3 TMG.

Ohly, Ansgar: Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichenen Lauterkeitsrechts – Überlegungen zur Binnenmarktklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und zum BGH-Urteil „Arzneimittelwerbung im Internet, WRP 2006, 1401 ff.

Papier, Hans-Jürgen: Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025 ff.

Peifer, Karl-Nikolaus: Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? – Zivilrechtliche Aspekte, AfP 2018, 14 ff.

Peukert, Alexander: Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in sozialen Netzwerken – Vorschlag für eine Ergänzung des NetzDG um sog. Put-back-Verfahren, MMR 2018, 572 ff.

Pfeiffer, Thomas: Welches Recht gilt für elektronische Geschäfte?, JuS 2004, 282 ff.

Pichinot, Christine: Konvergenz der Medien in Europa im Spannungsfeld von E-Commerce- und Fernsehrichtlinie, Cuvillier Verlag Göttingen, 2005.

Rosenboom, Alexander: Das Herkunftslandprinzip im europäischen Dienstleistungsrecht, Norderstedt, 2003.

Sack, Rolf: Grenzüberschreitende Werbung in audiovisuellen Medien–ihre Rechtskontrolle außerhalb des Herkunftslandes, WRP 2015, 1417 ff.

Schwartmann, Rolf: Verantwortlichkeit Sozialer Netzwerke nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz, GRUR-Prax 2017, 317 ff.

Specht-Riemenschneider, Louisa: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 3. 10. 2019 – C-18/18 – Glawischnig-Piesczek, MMR 2019, 798 ff.

Spiegel, Johanna / Heymann, Britta: Ein Minenfeld für Anbieter sozialer Netzwerke –Zwischen NetzDG, Verfassungsrecht und Vertragsfreiheit, K&R 2020, 344 ff.

Spindler, Gerald: E-Commerce in Europa – Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer endgültigen Fassung, MMR Beilage 7/2000, 4 ff.

Ders., in: Spindler/Schmitz, TMG – Kommentar, 2. Aufl. 2019, § 3 TMG.

Ders., Der Regierungsentwurf zum Netzwerkdurchsetzungsgesetz – europarechtswidrig?, ZUM 2017, 473 ff.

Ders., Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, K&R 2017, 533 ff.

Waldheim, Stephan: Dienstleistungsfreiheit und Herkunftslandprinzip – Prinzipielle Möglichkeiten und primärrechtliche Grenzen der Liberalisierung eines integrierten europäischen Binnenmarktes für Dienstleistungen, Cuvillier Verlag Göttingen, 2008.

Weber, Olaf: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 25. 10. 2011 – verb. Rs. C-509/09 und C-161/10, MMR 2012, 48 ff.

Weller, Matthias: in Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 26. Edition 2019, § 3 TMG.

Wimmers, Jörg / Heymann, Britta: Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) – eine kritische Stellungnahme, AfP 2017, 93 ff.